Inwieweit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleich?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät zu Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

B. Haake,
Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft zu Breslau.

Breslau 1903.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Meiner Mutter

und meinem Onkel

Fabrikbesitzer H. Haake.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0096

Benutzte Literatur.

1. Arndts: Fortsetzung von Glücks Pandektenkommentar. 46. Teil I.
2. Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 91 S. 73 ff.
3. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. II. Aufl. 1879.
4. Ders.: Die Prästation unmöglicher Leistungen. In der Kritischen Überschau für deutsche Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. V No. XI S. 278 ff.
5. Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. IV. Aufl. 1903.
6. Dernburg: Pandekten. VII. Aufl. 1903.
7. Ders.: Das bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens. II. Bd. I. Abt. 1899.
8. Endemann: Einführung in das Studium des B.G.B. VI. Aufl. 1900.
9. Enneccerus-Lehmann: Das bürgerl. Recht. II. Aufl. 1901.
10. Fischer: Vis major im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 37 S. 229 ff.
11. Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. und folgende Auflagen.
12. Hartmann: Die Obligation. 1875 (bezeichnet als Hartmann I).
13. Ders.: Juristischer Kasus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistungen, insbes. beim Kauf. In Iherings Jahrb. Bd. 22 S. 417—496 (bezeichnet als Hartmann II).
14. Hellmann: Zur Lehre von der nachträglichen Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte. Im Archiv für die civil. Praxis. 1900. S. 363—440.
15. Ihering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatzpflicht bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangenden Verträgen. In Gerbers und Iherings Jahrbüchern. IV S. 1 ff.
16. Jacoby: Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich. In Annalen des deutschen Reichs. 1890. S. 34 ff.

17. Kalthoff: Die Bestimmungen des B.G.B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung. Freiburger Inauguraldissertation. 1901.
18. Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. Jena 1900 (bezeichnet als Kisch I).
19. Ders.: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 68 ff. (bezeichnet als Kisch II).
20. Ders.: In der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge III. Bd. 1903 (bezeichnet als Kisch III).
21. Kleineidam: Unvermögen und Unmöglichkeit nach dem B.G.B. Jena 1900 (bezeichnet als Kleineidam I).
22. Ders.: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. In Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 105 ff. (bezeichnet als Kleineidam II).
23. Krug: Das unverschuldete Unvermögen zur Leistung. Breslauer Inauguraldissertation 1901.
24. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B. 1899.
25. Ders.: Handkommentar zum B.G.B. II. Aufl. 1903.
26. Ders.: Unmöglichkeit der Leistung. In Jur. Wochenschrift. 1898 S. 133 ff.
27. Matthiaß: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. Aufl. 1900.
28. Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem B.G.B. für das deutsche Reich. 1900.
29. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I u. III. 1853/55.
30. Ders.: Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Bd. I und Bd. III. 1859/1879.
31. Motive zum Entwurf eines B.G.B. für das deutsche Reich. 1888.
32. Neumann: Handausgabe des B.G.B. III. Aufl. 1903.
33. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
34. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. 1898.
35. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B.G.B. (Amtliche und von Achilles, Gebhard und Spahn herausgegebene Ausgabe.)
36. Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. XI. Aufl. II. Bd.
37. Rehbein: Das B.G.B. mit Erläuterungen. 1902.

38. von Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. I und II. 1851/53
39. Schall: Zur Lehre vom Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 73 S. 429—474.
40. Schöller: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. In Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 603 ff. (bezeichnet als Schöller I).
41. Ders.: Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. Ebenda Bd. 45 S. 511 ff. (bezeichnet als Schöller II).
42. Ders.: Die Folgen verschuldeter Nichterfüllung insbes. der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag. Ebenda Bd. 46 S. 1 ff. 253 ff. (bezeichnet als Schöller III).
43. Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
44. Staffel: Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 92 S. 467 ff.
45. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1899.
46. Staudinger: Kommentar zum B.G.B. II. Bd. herausgegeben von Mayring.
47. Stintzing: Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 85 S. 466 ff.
48. Szkolny und Caro: B.G.B. für das deutsche Reich. 1898.
49. Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
50. Ubbelohde: Im Arch. für die civil. Praxis. Bd. 85 S. 118 ff.
51. Ude: Über die Bedeutung des Satzes: Impossibilium est nulla obligatio im Arch. f. die civ. Praxis. Bd. 48 S. 246 ff. 366 ff.
52. von Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. VII. Aufl. 1869.
53. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. VIII. Aufl. herausgegeben von Kipp. 1900.
54. Ders.: In der Heidelberger Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. Bd. II S. 106—145.
55. Zimmermann: Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. I S. 309 ff.

Inhaltsangabe.

I. Einleitung.

§ 1. Arten des Nichtleistenkönnens 1

II. Ausführung.

I. Kapitel.

Inwieweit steht das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung gleich?

1. Bei Verträgen.

§ 2. a) Nach gemeinem Recht 12
§ 3. b) Nach bürgerlichem Recht 20
§ 4. **2. Bei letztwilligen Verfügungen** 30
§ 5. **3. Bei den anderen Obligationen** 36

II. Kapitel.

Inwieweit steht das nachfolgende Unvermögen des Schuldners zur Leistung der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung gleich?

1. Wenn Schuldner dasselbe nicht zu vertreten hat.

a) Bei Speciesschulden.

§ 6. α) Nach gemeinem Recht 39
§ 7. β) Nach bürgerlichem Recht 43
§ 8. b) Bei Genusobligationen 47
§ 9. **2. Wenn Schuldner dasselbe zu vertreten hat** . . . 53

III. Schluß.

§ 10. Einfluß teilweisen Nichtleistenkönnens 64

Einleitung.

§ 1.

Arten des Nichtleistenkönnens.

Jede Obligation schafft, wie aus pr. Inst. III, 13 hervorgeht, ein juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae. Dasselbe Prinzip enthält auch das B.G.B., indem es in § 241 dem Gläubiger das Recht zugesteht, von dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses eine Leistung zu verlangen.

Leistet dieser zur Zeit der Fälligkeit nicht, so kann diese Tatsache darauf beruhen, daß er entweder 1. nicht leisten will, oder 2. nicht leisten darf, oder 3. nicht leisten kann. Der erste Fall scheidet bei unseren Betrachtungen von vornherein aus; das Gleiche gilt von dem Nichtleistendürfen,[1]) so daß wir uns nur mit dem Nichtleistenkönnen, oder positiv ausgedrückt, mit der Unmöglichkeit der Leistung zu beschäftigen haben werden.

Eine Definition dieses Begriffes hat seither nur Hartmann[2]) aufgestellt und gesagt: »Unmöglichkeit ist nichts

[1]) Dieses unterscheidet sich von der mangelnden Leistungsfähigkeit dadurch, daß eine gesetzlich verbotene Leistung durchaus keine unmögliche zu sein braucht, m. a. W. das Nichtleistendürfen fällt nicht mit der rechtlichen Unmöglichkeit (vgl. unten S. 8) zusammen. Dieses ergibt sich insbesondere aus § 2171 B.G.B., wo dem gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßenden Vermächtnis ein unmögliches gleichgestellt wird. Es werden demnach bei Nichtleistendürfen im allgemeinen nur die gesetzlichen Mittel zur Erfüllung versagt: § 134 B.G.B. — vgl. hierzu Biermann a. a. O. S. 79 ff. und Titze a. a. O. S. 13.

[2]) Hartmann a. a. O. I S. 172.

als die negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens.« Indessen ist mit diesem Ergebnis nicht viel gewonnen, ist doch der Begriff der Notwendigkeit nicht viel einfacher und verständlicher als der der Unmöglichkeit.[3]) Es wird sich daher empfehlen, diesen Begriff mit Titze[4]) in folgender Weise zu umschreiben: »eine Leistung ist dann als unmöglich zu betrachten, wenn sie, logisch angesehen, unter keinen Umständen geschehen kann.«

Dieser Satz findet auch Anwendung auf solche Leistungen, die an sich gemacht werden können, deren Bewirkung aber von der Rechtsordnung mit Rücksicht auf das für den Schuldner dadurch entstehende Übermaß von Opfern nicht zugemutet werden darf. Ein Beispiel hierfür bildet der Fall, daß ein zu erbauendes Haus an der Baustelle infolge einer bei der Ausschachtung entdeckten riesigen Höhle nur auf 10 Meter tiefem Fundament errichtet werden kann;[5]) hier ist der Schuldner nicht zur Leistung verpflichtet. Es ist aber nicht erforderlich, den so gewonnenen juristischen Begriff der Unmöglichkeit weiter zu fassen und ihm den logischen Begriff der Unmöglichkeit unterzuordnen; vielmehr muß umgekehrt angenommen werden, daß sich ersterer unter dem letzteren wohl unterbringen läßt. Denn bei Aufwendung überobligationsmäßiger Spannung leistet der Schuldner eben nicht, was er schuldet, nämlich eine Leistung mit obligationsmäßiger Kraftanstrengung. Zutreffend führt darum Treitel[6]) aus: »Nennen wir die obligationsmäßige Kraftanstrengung a, das durch sie herbeizuführende Ziel b, den Erfolg c und andererseits die überobligationsmäßige Anstrengung x, so kann nicht

---

[3]) Kleineidam a. a. O. I S. 13.

[4]) a. a. O. S. 2.

[5]) Enneccerus-Lehmann I § 178 A_2 S. 438.

[6]) Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten, Berlin 1902, S. 25; vgl. auch Kleineidam II. S. 112 ff.

a + b = c und x + b = c sein, wenn b in beiden Fällen dasselbe bedeutet; es ist logisch unmöglich, daß a = x ist.«

Die hier vertretene Anschauung[7]) ist von praktischem Vorteil; denn schon von vornherein ist allein auf Grund der Gesetze der Logik eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung deswegen ausgeschlossen, weil andernfalls ein logischer Widersinn mit seiner zerstörenden Kraft vorliegen würde. Dagegen bedarf es in dem Falle, wo eine logisch mögliche, juristisch unmögliche Leistung in Frage kommt, einer besonderen Gesetzesbestimmung, um eine derartige Wirkung hervorzurufen.[8])

I. Liegt nun eine solche Unmöglichkeit der Leistung vor, so kann sie zunächst von der Art sein, daß die Leistung entweder überhaupt, d. h. für jeden Menschen, unmöglich ist, oder daß allein der Schuldner nicht imstande ist, dieselbe zu bewirken. Diesen grundlegenden Unterschied haben schon die Römer erkannt, schon Venulejus trennt in der berühmten l. 137 §§ 4, 5 Dig. XXXXV, 1 — und ihm folgend alle Schriftsteller, die lateinisch schrieben[9]) — ausdrücklich das impedimentum naturale, also das quod natura fieri non concedit[10]) von der causa difficultatis des Schuldners und sieht als charakteristisches Merkmal der letzteren an, daß sie alii possibile, also an sich möglich ist. Mithin liegt, wenn die Leistung überhaupt nicht geschehen kann, eine impossibilitas, ein incommodum rerum vor, dagegen nur eine difficultas, ein incommodum personae, wenn sie nur der Schuldner nicht bewirken kann.

Den gleichen Standpunkt vertrat auch die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, auch sie unterschied,[11]) ob die Unfähigkeit ihren Grund in dem Objekt der Obligation

---

[7]) A. M. Titze a. a. O. S. 2 und Kisch I S. 12; III S. 507.
[8]) Vgl. auch Kleineidam a. a. O.
[9]) Vgl. hierzu Kleineidam I S. 5 ff.
[10]) l. 35 pr. Dig. XXXXV, 1.
[11]) Mommsen, Beitr. I S. 5.

an sich hat, oder ob sie auf den persönlichen Verhältnissen des Schuldners bezw. auf seinem Verhältnis zum Leistungsgegenstande beruht. Indessen wich die Wissenschaft insofern von der bisherigen Terminologie ab, als sie die erstere Leistungsunfähigkeit als objektive, die letztere als subjektive Unmöglichkeit bezeichnete.[12]) Jedoch ist die Bezeichnung »subjektive U.« unrichtig. Es trifft ja in einem solchen Falle gar nicht zu, daß die Leistung unmöglich ist, sie ist vielmehr wohl möglich, doch nur einem andern und nicht dem Schuldner. Deswegen enthält dieser Ausdruck, um mit Hartmann[13]) zu reden, »eine schiefe Vorstellung und einen vagen Mißbegriff«, an dessen Stelle die zuerst von Brinz[14]) angewandte Bezeichnung »Unvermögen des Schuldners zur Leistung« zu treten hat. Diese ist auch in das neue Recht übergegangen, hier steht das Unvermögen der Unmöglichkeit gegenüber.

Diese Unterscheidung stützt sich nicht allein auf praktische Gründe, sie ist vielmehr auch logisch gerechtfertigt. Dies ist jedoch nicht unbestritten; so meint z. B. Kuhlenbeck,[15]) der Unterschied sei »scholastisch«, und Titze[16]) führt aus, da die Obligation ein Rechtsband nur um die Person des Schuldners und des Gläubigers schlinge, Leistung also nur von ersterem, nicht auch von Dritten verlangt werden könne, so käme es für die Folgen des schuldnerischen Nichtleistenkönnens nicht darauf an, ob neben dem Schuldner andere leistungsfähig oder -unfähig wären. Auch Biermann[17]) lehrt in ähnlicher Weise, daß eine Leistung schon dann unmöglich sei, wenn sie der Schuldner nicht vornehmen könne, da allein sein Vermögen auf das Schuldverhältnis von Einfluß sein könne.

---

[12]) Zuerst von Savigny (Oblig. Recht I S. 384) so bezeichnet. Windscheid, Pand. II, 1 § 264 sub 1. Mommsen a. a. O.

[13]) a. a. O. I S. 248.

[14]) Pand. II, 1 § 245 S. 123 ff.

[15]) a. a. O. III S. 134.

[16]) a. a. O. S. 70.

[17]) a. a. O. S. 75.

Jedoch kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden, es muß vielmehr mit Kleineidam[18]) darauf hingewiesen werden, daß grundsätzlich die Vornahme der geschuldeten Leistung durch einen andern, selbst wenn sie ohne oder gegen den Willen des Schuldners geschieht, als durchaus obligationsmäßige Erfüllung angesehen wird. Da mithin, abgesehen von solchen Leistungen, bei denen es auf die Person des Schuldners ankommt, letztere kein Moment des Leistungsinhalts bildet, so fehlt im Falle des Unvermögens die Notwendigkeit des Nichtgeschehens der Leistung, es ist also alsdann nicht der logische Widersinn vorhanden, der die Voraussetzung der Vernichtung der Leistungspflicht bildet.

Naturgemäß konnte aber das Gesetz nicht angeben, was als unmöglich anzusehen ist; — es ergibt sich dies »aus der Natur als der Quelle der zu jeder Leistung erforderlichen Kraft«.[19]) — Desgleichen fehlt auch eine Bestimmung darüber, wann Unvermögen des Schuldners als vorliegend angenommen werden soll. Es kann demnach die Frage nach dem Vorhandensein der einen oder der andern Art der Leistungsunfähigkeit nur nach den obigen Grundsätzen und unter steter Berücksichtigung des Einzelfalles entschieden werden. Nur folgendes sei hier noch bemerkt:

a) Bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, wird von einem Nichtleistenkönnen überhaupt nur dann gesprochen werden können, wenn Umstände vorhanden sind, die den Schuldner zwingen, die zu unterlassende Handlung vorzunehmen.[20]) Dann aber wird stets (objektive) Unmöglichkeit, nie Unvermögen vorliegen, denn nach Begehung der Handlung kann die auf Nicht-Begehung gerichtete Leistung von niemandem mehr erfüllt werden.

---

[18]) a. a. O. II S. 123 ff.; vgl. auch Kisch a. a. O. I S. 10 und III S. 549 ff.

[19]) Brinz, Pand. II, 1 § 245 S. 121.

[20]) Vgl. Schollmeyer S. 94 und Wendt im Archiv für die civil. Praxis Bd. 92 S. 53–61.

b) Bei den auf ein Tun gerichteten Handlungen ist zu unterscheiden, ob die Erfüllungshindernisse in der Person des Schuldners begründet sind, oder in dem bestimmten Gegenstande, mit dem das Tun verbunden ist. In beiden Fällen liegt, wenn die vorzunehmende Handlung einen fungiblen Charakter hat, bezw. wenn der Gegenstand, an dem der Schuldner tätig sein soll, generell bezeichnet ist, stets Unvermögen vor. Hat dagegen der Schuldner in Person zu leisten, oder ist das Objekt individuell bestimmt, so begründet das Nichtleistenkönnen stets eine Unmöglichkeit der Leistung.[21])

c) Wenn schließlich das Ziel der Obligation auf eine Sachleistung gerichtet ist, so kann je nach dem Einzelfall Unvermögen oder Unmöglichkeit eintreten. Bezieht sich die Leistung auf zum öffentlichen Gebrauch bestimmte Gegenstände, so läßt sich mit den Motiven[22]) die Frage aufwerfen, ob bei einer Obligation, die deswegen nicht erfüllt werden kann, weil sie mit der Zweckbestimmung solcher Gegenstände im Widerspruch steht, objektive oder subjektive Leistungsunfähigkeit vorhanden ist. Ersteres nimmt Bechmann[23]) an; indessen dürfte der entgegengesetzten herrschenden Ansicht der Vorzug zu geben sein.[24]) Denn einmal heißt es schon in den Quellen:[25]) nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci .... potest, sed protinus inutilis est, und außerdem ist zu erwägen, daß für die Beseitigung dieses Hindernisses öffentlich rechtliche Normen in Frage kommen, die auf privatrechtliche Verhältnisse nicht angewendet werden dürfen.

---

[21]) Vgl. Mommsen, Beitr. I S. 65—86; Mot. II S. 45; Kleineidam I S. 11; Schollmeyer S. 95; Titze S. 67; Staudinger S. 36; Neumann S. 234 zu § 275 sub II.

[22]) II S. 177.

[23]) Der Kauf nach gem. Recht II § 240 S. 446.

[24]) Vgl. Titze S. 62, Kleineidam I S. 22, Krug S. 15.

[25]) § 2 Inst. III, 19; vgl. auch l. 83 § 5 Dig. XXXXV, 1.

Desgleichen ist beim Verkauf einer nichtexistierenden Forderung die Leistungsunfähigkeit eine objektive, eine solche Forderung ist ja, wie Schollmeyer[26]) mit Recht betont, ebenso wenig vorhanden, wie eine nicht bestehende Sache.

An dieser Stelle ist noch einer Theorie entgegenzutreten, die Dernburg[27]) vertritt. Er unterscheidet nämlich neben der Unmöglichkeit in der Person des Schuldners noch die in der Person des Gläubigers gegründete Unmöglichkeit,[28]) sowie unter Berufung auf die lex 137 § 4 Dig. XXXXV, 1 neben der Unmöglichkeit überhaupt noch Schwierigkeiten der Erfüllung und rechnet zu den letzteren insbesondere Geldmangel. Zunächst ist aber, da die Person des Gläubigers, im Gegensatz zu der des Schuldners, stets für das Schuldverhältnis von Belang ist, mithin immer an ihn geleistet werden muß, die von Dernburg beliebte Zusammenfassung der Unmöglichkeit des Schuldners und des Gläubigers unter dem Oberbegriff »subjektive Unmöglichkeit« irreführend und logisch nicht gerechtfertigt.[29]) Es kommt hinzu, daß nach § 241 B.G.B. von einer Unmöglichkeit der Leistung nur dann gesprochen werden kann, wenn der zur Leistung Verpflichtete, also der Schuldner diese nicht bewirken kann, nicht aber, wenn ihr nur die Person des Gläubigers hindernd im Wege steht.

Aber auch die Aufstellung eines Sonderbegriffs der Schwierigkeit der Erfüllung ist nicht angängig. Denn sämtliche in der zitierten lex dargelegten Beispiele werden als difficultates aufgefaßt, insbesondere auch der Fall, daß ein fremder Sklave, den der Eigentümer nicht verkaufen

---

[26]) S. 153. Derselben Ansicht Mommsen, Beiträge I S. 134; Bechmann a. a. O. II § 239; Stammler S. 107; Kleineidam I S. 159. — A. M. Ihering in Jahrb. IV S. 70; Mommsen, Erört. II S. 89 A. 4, Mot. II S. 177.

[27]) Pand. II § 16.

[28]) Ähnlich Mommsen, Beiträge I S. 91 für den Fall des Annahmeverzugs.

[29]) Vgl. hierzu Kleineidam I S. 7 ff.

will, zum Gegenstand eines Kaufvertrages gemacht worden ist. Hier kann aber, wie Mommsen[30]) bemerkt, der Schuldner seine Pflichten überhaupt nicht erfüllen, sie sind ihm nicht nur schwierig gemacht. Wenn also die zitierte lex hierbei nur eine difficultas annimmt, so muß, da zudem Dernburg Beispiele von subjektiver Unmöglichkeit nicht anführt, angenommen werden, daß difficultas und subjektive Unmöglichkeit dasselbe ist.[31])

II. Die bisher erwähnten Arten der Leistungsunfähigkeit haben ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation bezw. in den Verhältnissen des Schuldners; wird dagegen die Unmöglichkeit in Beziehung zu ihrem Entstehungsgrund gebracht, so ergibt sich die Einteilung derselben in tatsächliche und rechtliche Leistungsunfähigkeit. Erstere ist schon von Natur aus vorhanden, letztere beruht auf Gesetzgebung, Verwaltungsanordnung oder Rechtsprechung.

III. Hemmen sodann die Leistungshindernisse die Erfüllung der Obligation nur im speziellen Falle, so ist die Unmöglichkeit nach der herrschenden Meinung relativ,[32]) absolut ist sie dagegen dann, wenn sie auf der Art der zugesagten Leistung an sich beruht.[33])

IV. Ergreift die Leistungsunfähigkeit das gesamte Schuldverhältnis, so pflegt man von einem völligen Nichtleistenkönnen zu reden, hat sie es aber nur zum Teil erfaßt, so ist die Unmöglichkeit eine teilweise. Diese kann sich ihrer-

---

[30]) Beiträge I S. 13.

[31]) Vgl. Kleineidam I S. 9.

[32]) Mommsen, Beitr. I S. 4/5; Savigny, System III S. 164; Dernburg, Pand. II § 16; B.G.B. II 1 § 60; Matthiass I S. 331 und 378; Oertmann S. 34 sub 3; Szkolny u. Caro S. 315. — A. M. von Madai, Mora S. 77, der mit relativer U. die subjektive U. bezeichnet, und Preuß. A.L.R. I, 5 §§ 51, 52, 57, das unter absoluter die dauernde, unter hypothetischer die bedingte U. versteht, ebenso Titze S. 10 und Neumann I S. 248 zu § 306 sub 3, III S. 559 zu § 2171.

[33]) Beispiel für die relative U.: Leistung einer bereits untergegangenen Sache, für die absolute: Leistung eines Hippocentaurus.

seits wieder auf den Gegenstand der Obligation erstrecken oder auf den Ort der Leistung oder auf die Zeit derselben.[34])

V. Wird ferner bei den Leistungshindernissen das zeitliche Moment berücksichtigt, so kann man zunächst zwischen dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit unterscheiden.

a) Von Bedeutung ist dieser Gegensatz hauptsächlich bei der nachfolgenden unverschuldeten Unmöglichkeit. Hier wird nämlich, wie weiter unten gezeigt werden wird, der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, wenn die Unfähigkeit zur Zeit der Fälligkeit bestand. Ist dies nun aber auch dann der Fall, wenn sie bereits vorher eingetreten war, nachher aber wieder fortgefallen ist? Der gewöhnliche Sprachgebrauch würde diese Unmöglichkeit als vorübergehende betrachten; ist sie aber auch im juristischen Sinne als eine solche aufzufassen?[35])

Nach Mommsen[36]) kommt es hierbei darauf an, ob dem Zustande, der die Leistung hindert, die »Eigenschaft der Kontinuität« innewohnt oder nicht. Ersterenfalls liegt dauernde, letzterenfalls nur zeitweilige Unmöglichkeit vor. In ähnlicher Weise führt auch Windscheid[37]) aus, das Wiederaufhören der Unmöglichkeit dürfe nicht in der Natur der Unmöglichkeit begründet sein. Ebenso wird für das neue Recht die Meinung als herrschend anzusehen sein,[38]) die die Unmöglichkeit dann als dauernde bezeichnet, wenn sich ihr rechtmäßiger Wegfall nicht absehen läßt. Zwar hat Titze[39]) demgegenüber den Satz aufgestellt, der Schuldner habe ohne Rücksicht hierauf stets, und zwar selbst dann zu leisten, wenn der Wegfall der Unmöglich-

---

[34]) Das Nähere hierüber, insbesondere über die Berechtigung, diese Arten der U. als teilweise zu bezeichnen, vgl. unten § 10.

[35]) Vgl. auch Beschluß des O.L.G. Kiel vom 9. Jan. 1903 in der Rechtsprechung des O.L.G. pro 1903 Heft 12 S. 226.

[36]) Beiträge I S. 147, 291.

[37]) Pand. § 360 2, 315 a. E.

[38]) Kisch I S. 24; Kleineidam I S. 96; Dernburg, B.G.B. II, 1 S. 129 sub III.

[39]) a. a. O. S. 37.

keit durch regelwidrige Ereignisse herbeigeführt werde; der Gläubiger dürfe daher, so lange die Möglichkeit der Leistung noch nicht völlig ausgeschlossen sei, auch keinen der Ansprüche geltend machen, die die totale Unmöglichkeit der Erfüllung zur Voraussetzung hätten. Unzweifelhaft geht Titze aber hier zu weit. Wie Kleineidam treffend ausführt,[40]) müssen beide Parteien auf künftige Leistung rechnen können, es muß also die Unmöglichkeit geraume Zeit vor dem Fälligkeitstermine gehoben sein, da sich andernfalls der Gläubiger rechtzeitig nach einem neuen Schuldverhältnis umsehen muß. In dem von ihm angeführten Beispiel, demzufolge ein für den 1. April zu einer Reise gemieteter Diener am 1. März anscheinend dauernd erkrankt, am 20. März aber wider Erwarten gesundet, gesteht er daher mit Recht dem Gläubiger die Befugnis zu, sich sogleich einen neuen Diener zu mieten.

Dementsprechend wird umgekehrt die Unmöglichkeit dann zeitweilig genannt werden müssen, wenn die Dauer des Hindernisses völlig bestimmt ist oder sich doch mit Sicherheit ermitteln läßt.[41])

b) Sind schließlich die eine Leistung vereitelnden Hindernisse schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden, so ist die Leistungsunfähigkeit eine ursprüngliche, andernfalls wird sie als nachfolgende Unmöglichkeit bezeichnet.

Demnach ist bei Verträgen eine Leistung dann von Anfang an unmöglich, wenn sie im Augenblick des Vertragsabschlusses nicht bewirkt werden kann. Das ist bei unbedingten Verträgen unbestritten;[42]) kontrovers ist dagegen die Frage, ob bei suspensiv bedingt abgeschlossenen Verträgen dasselbe gilt. Nach Mommsen[43]) entscheidet hier

[40]) a. a. O.

[41]) Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 45 No. 176.

[42]) Windscheid II 1 § 264; Brinz, Pand. II § 278: Enneccerus-Lehmann I S. 466 ff., § 307 B.G.B. — ebenso bei resolutiv bedingten Verträgen, vgl. Kisch I S. 27 A. 3.

[43]) Beiträge I S. 1, 102, 231; Hartmann I S. 195.

der Augenblick, in dem für die Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Verpflichtung aufhört, m. a. W. also ebenfalls der Zeitpunkt des Kontraktsabschlusses.[44]) Das Gleiche ist richtiger Ansicht nach[45]) auch für das B.G.B. anzunehmen, denn das Schuldverhältnis selbst ist schon mit dem Vertragsabschluß zur Entstehung gelangt, und nur die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht ist bedingt. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus den Motiven[46]) und dem im Entwurf I befindlichen — als überflüssig gestrichenen[47]) — Absatz II des § 238; bestimmte dieser doch ausdrücklich, daß bei einer vor Eintritt der Bedingung eintretenden Unmöglichkeit dem Gläubiger der Anspruch auf ein eventuelles Surrogat des Schuldners zustehen sollte.

In gleicher Weise wurde im gemeinen Recht[48]) bei Vermächtnissen der Zeitpunkt der Äußerung des Verpflichtungswillens für maßgebend angesehen. Da hier nämlich die regula Catoniana galt: »Quod si testamenti facti decessisset testator, inutile foret, id, quandocumque decesserit, non valere,[49]) so war die Zeit der Testamentserrichtung entscheidend. Mit dieser Auffassung stimmte auch der Entwurf des B.G.B. durch den Redaktor Schmidt[50]) überein; indessen hatte sich schon Mommsen dafür ausgesprochen, im allgemeinen den Eintritt des Todesfalls zu berücksichtigen,[51]) da der Wille des Testators erst zu dieser Zeit rechtlich in Betracht kommen könne, wenngleich er faktisch schon vorher bestanden habe.

---

[44]) A. M. Brinz II § 245 A. 29.

[45]) Kleineidam I S. 88; Titze S. 54; Kisch I S. 27; Planck zu § 308 sub 1/2 — A. M. Schollmeyer S. 98 zu § 275 sub 2b.

[46]) II S. 47

[47]) Vgl. Protokolle Bd. I S. 316/317 (633).

[48]) Mommsen, Beitr. I S. 111.

[49]) l. 1 pr. Dig. 34, 7.

[50]) §§ 96 u. 102/103.

[51]) a. a. O. über die Ausnahme vgl. Beiträge I S. 140 A. 3.

Da dieser Grund durchaus stichhaltig ist, wie die Motive[52]) und ihnen folgend auch die Protokolle[53]) anerkannt haben, so entscheidet im neuen Recht im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Auffassung die Zeit des Erbfalls — nach § 1922 B.G.B. also der Zeitpunkt des Todes des Erblassers.[54])

Ausführung.

I. Kapitel.

Inwieweit steht das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung gleich?

1. Bei Verträgen.

§ 2.

a. Nach gemeinem Recht.

I. Welchen Einfluß übt nun die anfängliche objektive Unmöglichkeit auf obligatorische Verhältnisse aus? Daß ein solcher Vertrag bezüglich der unmöglichen Leistung selbst nichtig ist, ist unbestritten, denn: Impossibilium nulla est obligatio.[1]) Jedoch ist es für das gemeine Recht streitig, ob dieser Satz lediglich die Wiedergabe der logischen Schlußfolgerung aus dem Wesen der Unmöglichkeit ist, oder ob er eine Rechtsregel enthält. Der ersteren Ansicht folgen Hartmann[2]) und Krug;[3]) demgegenüber hat aber

---

[52]) V S. 154.
[53]) Bd. V S. 172 (S. 6901).
[54]) § 2171 B.G.B., vgl. auch Enneccerus-Lehmann I S. 467.
[1]) l. 185 Dig. L, 17.
[2]) I S. 173 ff.
[3]) a. a. O. S. 22.

Fischer[4]) im Anschluß an die Protokolle[5]) betont, daß, wenn die Anschauung Hartmanns richtig wäre, alsdann das Gesetz über eine Wahrheit — nämlich daß eine objektiv unmögliche Leistung nicht bewirkt werden könne — eine Belehrung erteile, die man nicht suche. Zudem ergäbe der Satz, logisch betrachtet, in keiner Weise, daß der Schuldner von jeder Verbindlichkeit frei sein solle. Diese Folge aber habe nach dem Gesetz grundsätzlich eintreten sollen, daher sei die zitierte Bestimmung als Rechtsregel aufzufassen.[6])

Diese Nichtigkeit der Obligation schließt jedoch nicht aus, daß für die eine oder andere Partei Ersatzansprüche entstehen. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe sind diese aber begründet? Hierüber herrscht in der Literatur Streit.

Nach von Savigny[7]) nämlich steht beim Kauf und bei andern gleichartigen Rechtsgeschäften dem Käufer, der die Unmöglichkeit nicht kannte, unbedingt der Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse zu. Ihm hat sich Dernburg[8]) angeschlossen, er führt jedoch dies Prinzip allgemein und bei allen Rechtsgeschäften durch. Nach Mommsen,[9]) dem Begründer der herrschenden Lehre, dagegen, dem insbesondere Brinz[10]) und Uhde[11]) folgen, muß auf seiten des Gläubigers entschuldbarer Irrtum über die Natur der Leistung, auf seiten des Schuldners dolus oder culpa lata vorhanden sein; alsdann haftet letzterer auf das negative Interesse des ersteren an der Leistung. Dieses, unbedingt zugestandene, Interesse wird von Wind-

---

[4]) a. a. O. S. 234.

[5]) I S. 314 (630).

[6]) Gleicher Ansicht Mommsen Beiträge I S. 103.

[7]) a. a. O. II S. 290, desgl. Bernhoeft in Iherings Jahrb. 14 S. 141 ff. und Hesse im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 61 S. 259 ff.

[8]) Pand. II, 1 § 16.

[9]) Beiträge 1 S. 108/109.

[10]) Kritische Überschau S. 291.

[11]) Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 48 S. 258.

scheid[12]) auf eine stillschweigende Garantieübernahme des Schuldners zurückgeführt; Ihering[13]) dagegen leitet es von der culpa in contrahendo her, auf Grund deren der eine Teil durch den falschen Schein des Kontrakts seinen Kontrahenten irreführt. Dementsprechend schwankte die gemeinrechtliche Praxis. Nach dem Urteil in Seuff. Arch. Bd. 21 No. 29 steht dem Kläger stets das negative Interesse zu, nach dem Urteil ebenda Bd. 31 No. 129 fällt diese Entschädigungspflicht infolge der compensatio culpae fort, wenn dem Gegenkontrahenten die Unmöglichkeit der Leistung bekannt war oder bekannt sein mußte. Niemals steht jedoch dem Gläubiger ein Anspruch auf ein von dem Schuldner eventuell erlangtes Kommodum zu.[14])

Von der Regel: impossibilium nulla est obligatio gibt es jedoch noch fernere Ausnahmen:[15]) So ist ein unter der Bedingung des Fortfalls der Unmöglichkeit geschlossener Vertrag giltig, wenn diese vor Eintritt der Bedingung gehoben wird;[16]) desgleichen ist ein unter einer andern Bedingung auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag rechtswirksam, wenn beim Existentwerden der Bedingung die Leistung möglich ist.[17]) Nur eine scheinbare Ausnahme bildet schließlich der Garantievertrag. Gibt nämlich der Schuldner ein solches Versprechen ab, so haftet er darum auf das volle Erfüllungsinteresse, weil von vornherein nach der Absicht der Parteien für den Fall der Unmöglichkeit als Inhalt des Vertrages nicht die unmögliche Leistung

[12]) Pand. II No. 5 zu § 307; desgl. Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen Heft I 1868.

[13]) In Iherings Jahrbüchern IV S. 28 ff., insbesondere S. 44 ff. Desgl. von Vangerow a. a. O. I Anm. zu § 109.

[14]) Mommsen, Beiträge I S. 36 Anm. und S. 225; Kleineidam I S. 44.

[15]) d. h. wenn man der Mommsen'schen Theorie folgt; Hartmann dagegen (I S. 181) muß konsequenterweise das Vorhandensein von „Ausnahmen" bestreiten; ebenso Brinz, Pand. II § 245 A. 29.

[16]) Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 150 ff.

[17]) Mommsen a. a. O. — A. M. Windscheid, Pand. II, 1 § 315 1. Satz; vgl. jedoch Anm. 11 eod.

selbst, sondern das Erfüllungsinteresse, also etwas Mögliches angesehen wird.[18])

II. Wenden wir uns nunmehr der subjektiven Unmöglichkeit zu und untersuchen wir, inwieweit diese der objektiven Unmöglichkeit gleichsteht, d. h. inwieweit der Schuldner beim Vorliegen eines nur subjektiven Hindernisses von seiner Leistungspflicht befreit ist. Dies ist höchst kontrovers.

von Savigny[19]) nämlich erkennt nur die objektive Unmöglichkeit als wahre, befreiende Leistungsunfähigkeit an, die subjektive Unmöglichkeit hindert dagegen nach diesem Schriftsteller die Entstehung einer Vertragsverpflichtung nicht, vielmehr haftet der Schuldner auf das volle Erfüllungsinteresse. Zu wesentlich gleichem Ergebnis kommt Dernburg.[20]) Er nimmt zwar an, daß bei subjektiver Unmöglichkeit ein giltiger Vertrag nicht entsteht, in Konsequenz seiner Ansicht aber, daß dem Gläubiger in Geld werden müsse, was ihm zugesagt sei, spricht er dem Versprechensempfänger, der die Unmöglichkeit weder kannte, noch kennen mußte, das Recht auf das positive Interesse zu. Indessen dürfte hiergegen die Erwägung sprechen, daß aus einem nichtigen Vertrage niemals ein Anspruch auf Erfüllung hergeleitet werden kann.[21]) Zu beachten ist jedoch, daß, wie oben gezeigt, Dernburg noch besondere Diffikultäten kennt und beim Vorhandensein dieser Giltigkeit des Vertrages annimmt.

Verwickelter ist das System, das Mommsen[22]) aufstellt. Nach ihm ist zu unterscheiden, ob die subjektive Unmöglichkeit ihren Grund darin hat, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht fehlt, oder darauf beruht, daß er nicht in demjenigen faktischen Verhältnisse zur Sache steht, welches eine notwendige Vor-

---

[18]) Vgl. Stammler im Arch. f. d. civ. Pr. 69 S. 123.
[19]) a. a. O. II § 81 S. 284 ff.
[20]) Pand. II § 16; ähnlich Hellmann a a. O. S. 407.
[21]) Vgl. Mommsen, Beitr. I S. 107.
[22]) a. a. O. I S. 12 ff.

aussetzung für die Erfüllung der Obligation bildet. Nach der von ihm zunächst aufgestellten Theorie liegt im ersteren Falle, also bei dem Mangel rechtlicher Dispositionsbefugnis, eine »wahre« Unmöglichkeit nicht vor. Ebenso ist, wenn die fehlende faktische Disposition über die zu leistende Sache lediglich eine Folge des fehlenden Rechts ist, wenn also nur der Schuldner der faktischen Verfügungsbefugnis ermangelt und nicht auch derjenige, dem das zur Leistungsvornahme erforderliche Recht an der Sache zusteht, der Vertrag giltig und der Schuldner hat das volle Interesse zu leisten.[23]) Es ergibt sich diese Folge nach Mommsen aus Quellenstellen,[24]) denen zufolge die auf Leistung einer fremden Sache gerichtete Obligation durch eine von dem Eigentümer an dieser Sache vorgenommene Veränderung nur dann aufgehoben wird, wenn durch sie auch der Eigentümer in die Lage versetzt wird, nicht leisten zu können. Hat dagegen der Schuldner zwar das zur Vornahme der Leistung nötige Recht, ist ihm aber die faktische Disposition über den Gegenstand entzogen, oder fehlt diese auch dem Berechtigten, sofern die versprochene Sache eine fremde ist, so würde, die Unkenntnis des Schuldners von der Leistungsunfähigkeit vorausgesetzt, »eine unverkennbare Unbilligkeit involvieren«, wenn der Schuldner dessenungeachtet als unbedingt verpflichtet gelten müßte.

Zur Begründung seiner Lehre führt Mommsen folgendes an:

Die faktischen Zustände verursachten meistenteils nur eine vorübergehende Unmöglichkeit, anderseits aber könnten sie so unvorhergesehen und plötzlich eintreten, daß es dem Schuldner im Augenblicke des Vertragsabschlusses unmöglich sei, sich seiner völligen faktischen Dispositionsbefugnis zu vergewissern. Was dagegen die rechtlichen Zustände anbeträfe, so seien sie dauernder Natur, und wenn sie

[23]) Beiträge I S. 231; Erörterungen II S. 87; anders bei der nachfolgenden U. s. unten S. 41.

[24]) l. 98 § 8, l. 92 pr. Dig. 46, 3; l. 51 L 91 § 1 Dig. 45, 1; L 35 de leg. I.

wechselten, geschähe dies nie so unmittelbar, daß der Schuldner nicht noch Zeit habe, sich über das zwischen ihm und der zu veräußernden Sache bestehende Rechtsverhältnis zu informieren.

Mommsen schützt also im ersten Bande seiner Beiträge aus dem Obligationenrecht den über seine faktische Dispositionsbefugnis im entschuldbaren Irrtum befindlichen Schuldner.

Bei Kritisierung dieser Theorie vertrat nun Windscheid[25]) den Standpunkt, subjektive Unmöglichkeit müsse den Schuldner stets befreien, sofern nur nach der (von Mommsen erforderten) Beurteilung der beim Vertragsschlusse vorliegenden Verhältnisse ein Ereignis eingetreten sei, welches die früher vorhandene Möglichkeit der Leistung genommen habe. Diesem Gedanken folgend, erkannte Mommsen alsdann[26]) auch die durch entschuldbaren Rechtsirrtum verursachte Unmöglichkeit an und ließ demnach stets Befreiung eintreten, wenn dem Schuldner die Leistungsunfähigkeit nicht bekannt war und das der Erfüllung entgegenstehende Hindernis durch ein inzwischen eingetretenes Ereignis herbeigeführt wurde. Eine Anerkennung dieses Grundsatzes fand er in der lex 55 Dig. XIX, 1.

Aber gerade diese Stelle veranlaßte Windscheid späterhin,[27]) seine Anschauung über den Einfluß ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit zu ändern. Er begründete dies damit, daß nach dem Mommsenschen Prinzip die Unkenntnis einer Unmöglichkeit, die nach der Beurteilung der Lage z. Z. des Kontraktsabschlusses eingetreten sei, mehr geschützt würde, als das Nichtkennen einer von Anfang an vorhandenen Unfähigkeit zur Leistung. Aber gerade der Umstand, daß der Versprechende von einer Tatsache keine Kenntnis erlangt habe, die die Möglichkeit in

[25]) Heidelb. Zeitschr. Bd. II S. 105—146.
[26]) Beiträge III S. 407—409.
[27]) Von der 4. Aufl. der Pandekten II, 1 § 315 A. 3 an.

eine Unmöglichkeit umkehre, müsse ihm weit mehr zur Last fallen, als wenn er über ein Ereignis, das die Möglichkeit der Leistung von vornherein ausgeschlossen habe, in Unkenntnis geblieben sei. Die Lehre Mommsens sei darum zu verwerfen, und es müsse angenommen werden, daß die subjektive Unmöglichkeit der Giltigkeit des Vertrages nicht im Wege stehe. Dem tue es keinen Eintrag, wenn auf Grund der besonderen Natur einzelner Obligationen, z. B. bei der Schenkung, Ausnahmen stattfänden.

Teilweise abweichender Anschauung huldigt Fischer.[28]) Den Ausführungen Bernhöfts[29]) folgend, unterscheidet er Schuldverhältnisse, die auf Herbeiführung eines objektiven Resultats gehen, und Obligationen, deren Inhalt ein rein subjektives Verhalten des Schuldners bildet. Nur bei den ersteren soll nach ihm der Mangel subjektiven Könnens bedeutungslos sein, bei Obligationen der letzteren Art soll dagegen der Schuldner stets und ohne Rücksicht auf die Zeit des Eintritts der subjektiven Leistungshindernisse von seiner Leistungspflicht befreit sein.

Anders dagegen Ihering.[30]) Er überträgt den Satz, den er für die objektive Unmöglichkeit aufgestellt hat, wonach stets das negative Interesse zu leisten ist, auf die subjektive Unmöglichkeit und stellt es dem Falle des Untergangs der Sache gleich, wenn diese beim Vertragsschluß bereits aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden war, vorausgesetzt, daß beide Kontrahenten von der entgegengesetzten Annahme ausgingen. Demnach sieht Ihering den Vertrag als nichtig an, der Gegner hat nur eine Klage auf das negative Interesse.

Schließen wir diese Übersicht der wichtigsten Theorien des gemeinen Rechts mit Hartmann.[31]) Dieser geht von einem ganz andern Standpunkt aus. Er will nämlich durch Untersuchung der speziellen, die Obligation begründenden

[28]) a. a. O. S. 229 ff.

[29]) In Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 12 S. 17.

[30]) Iherings Jahrb. IV S. 68.

[31]) a. a. O. I S. 195 ff., insbesondere S. 199.

Tatsachen, insbesondere durch Willensinterpretation feststellen lassen, mit welchem Aufwande das »Soll der Obligation« auf die Hinwegräumung bestimmter rechtlicher oder faktischer Hindernisse sich erstreckt, die der Erfüllung des Endzwecks im Wege stehen. Hat dann der Schuldner erweislich diesem Maß von Anstrengungen genügt, so wird er frei und entlastet, ganz einerlei, ob wahre Unmöglichkeit vorliegt oder nicht.

Was schließlich die gemeinrechtliche Praxis anlangt, so ist nach dem Urteil in Seuff. Arch. Neue Folge Bd. 19 No. 12 die subjektive Unmöglichkeit nach den allgemeinen Grundsätzen der Entstehung des Anspruchs aus dem Vertrage nicht hinderlich, sie bewirkt nur, daß der Anspruch sich in eine Interesseforderung umsetzt. Diese wird nach dem Urteil des R.G. (in Entsch. d. R.G. Bd. 41 No. 39) auch ohne Verschulden des Schuldners zugestanden, nur darf dem Gläubiger die schuldnerische Leistungsunfähigkeit nicht bekannt gewesen sein.

III. Bei unsern bisherigen Erörterungen sind stets nur einseitige Schuldverhältnisse berücksichtigt worden, doch ergibt sich aus der Natur der synallagmatischen Verträge, die ja eben auf der Gegenseitigkeit beruhen, die Folge, daß die Unmöglichkeit der einen Leistung eine Leistungspflicht des Gegenkontrahenten gar nicht zur Entstehung kommen läßt.[32]) Nur dann ist ein solcher Vertrag giltig, wenn der eine Teil zwar nicht die unmögliche Leistung selbst, aber doch das Erfüllungsinteresse zu leisten hat. Eine Verpflichtung dieser Art obliegt nun, wie unbestritten ist, dem Verkäufer einer nicht in einem Papier verkörperten Forderung, die nicht existiert.[33]) Streitig ist dagegen, ob

[32]) Vgl. Mommsen, Beitr. I S. 103/106; Windscheid, Pand. II 1 §§ 264, 315.

[33]) Über die verschiedenen Begründungen vgl. Windscheid in der Heidelb. Krit. Zeitschr. II S. 118; Mommsen, Beitr. I S. 134; Brinz, Krit. Überschau V S. 297—299; Ihering in Jahrb. IV S. 69—71; Bechmann, Der Kauf II S. 438; Hartmann I S. 179 — s. auch l. 5 Dig. XVIII 1.

der gleiche Grundsatz auch beim Verkauf einer nicht im Verkehr befindlichen Sache zu gelten hat.

Während Mommsen[34]) dies verneint, will Hartmann[35]) den Grundsatz des römischen Rechts, wonach der Kauf über einen freien Menschen giltig ist, auch bei allen anderen res extra commercium Platz greifen lassen, wo eine ähnliche Schwierigkeit des Erkennens der Verkehrsunfähigkeit vorliegt.

§ 3.
b. Nach bürgerlichem Recht.

I. Fragen wir nun, inwieweit die bisher erörterten Grundsätze über anfängliches Nichtleistenkönnen im B.G.B. Eingang gefunden haben, so sehen wir, daß kraft der positiven Vorschrift des § 306 ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Diese Bestimmung ist eine logische Folge aus dem Wesen der Unmöglichkeit,[1]) denn »das Recht kann nichts zur Erfüllung vorschreiben, als Inhalt einer rechtlich wirksamen Leistungspflicht setzen, was in sich selbst eine Erfüllung ausschließt«.[2]) Zwar hat dieser herrschenden Lehre gegenüber Titze[3]) die Anschauung vertreten, die Nichtigkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages sei kein Gebot der Logik, denn wenn auch die unmögliche Leistung selbst nicht bewirkt werden könne, so könne doch trotzdem ein giltiger Vertrag zustande kommen, der nur keine schuldnerische Leistungspflicht entstehen ließe. Indessen kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden.[4]) Denn da die Leistungspflicht den vornehmsten Bestand eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 B.G.B. bildet, so wird mit ihrer Zerstörung durch die Unmöglichkeit der Obligation auch ihr

[34]) Beitr. I S. 118, 131; vgl. auch Savigny, System III S. 302 ff.

[35]) a. a. O. I. S. 182.

[1]) Plank II Anm. 1 zu § 306; Oertmann Anm. 1 zu § 306; Rehbein II S. 152.

[2]) Kleineidam I S. 35.

[3]) a. a. O. S. 239 ff.

[4]) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Kleineidam II S. 138 ff.

Inhalt entzogen. Ein anderer Inhalt aber kann nicht willkürlich, sondern nur auf Grund besonderer Bestimmungen, etwa der §§ 280, 281 B.G.B., an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung gesetzt werden. Ist aber eine solche Vorschrift nicht vorhanden, so ist es zwecklos, einen Vertrag ohne Inhalt entstehen zu lassen. Die Unmöglichkeit bewirkt also logischer Weise, wenn auch nur mittelbar, die Nichtigkeit der Obligation.

Demnach könnte es den Anschein haben, als ob § 306 B.G.B. überflüssig wäre. Jedoch ist dies nicht der Fall. Wenn nämlich auch eine Pflicht zur Leistung des unmöglichen Gegenstandes nicht entsteht, so könnte doch ohne logischen Widerspruch das Gesetz an deren Stelle dem Schuldner eine andere Verpflichtung auferlegen, etwa das Interesse. Diese Substitution hat aber das Gesetz ausdrücklich ausschließen wollen, und deswegen hat es einen Vertrag auf eine unmögliche Leistung schlechthin für nichtig erklärt.

Wenn nun aber auch aus einem solchen Vertrage kontraktliche Ansprüche nicht hergeleitet werden können, so kann er doch die Grundlage für eventuelle außerkontraktliche Beziehungen zwischen den Parteien bilden. Nach § 306 Abs. I B.G.B. hat nämlich derjenige Kontrahent, der die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte, dem andern Teile das sog. negative Vertragsinteresse zu ersetzen, und zwar ist es gleichgiltig, ob der vermeintliche Schuldner oder der Pseudo-Gläubiger die ersatzpflichtige Person ist.[5]) In keinem Falle kann aber in analoger Anwendung des § 281 B.G.B. dem letzteren der Anspruch auf den Ersatz oder die Ersatzforderung zugestanden werden, die der andere Teil durch das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereignis erlangt.[6]) Es muß nämlich aus der

[5]) So auch Planck II Anm. 1 zu § 307; Endemann I S. 553; Oertmann Anm. 1 zu § 307; Matthiaß I S. 331. — A. M. für den Entwurf I (§ 345 eod.) Bähr in der Krit. Vierteljahresschrift Bd. 30 S. 374.

[6]) Vgl. Kleineidam I S. 43, Kisch I S. 210, welche, wohl in-

Stellung des § 307 im Gegensatz zu den Bestimmungen über die nachfolgende Unmöglichkeit geschlossen werden, daß mit jenem Paragraphen ausdrücklich und erschöpfend bestimmt werden sollte, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Anspruch entstehen kann. Zudem spricht auch der Wortlaut des § 281 B.G.B. gegen die gegnerische Auffassung, denn nur ein Schuldner muß das Surrogat herausgeben, ein solcher ist aber im Falle des § 306 gar nicht vorhanden. Man könnte zwar mit Titze[7]) ein solches Recht auf den stillschweigenden Willen der Kontrahenten zurückführen; indessen versagt normaler Weise dieses Mittel völlig. Denn regelmäßig denken die Parteien gar nicht an die Möglichkeit der Nichtexistenz des Leistungsgegenstandes. Sofern sie aber daran denken, wird doch wohl der Schuldner zumeist auf einen solchen Vertrag gar nicht eingehen wollen. da er ja nicht wissen kann, ob nicht der event. Ersatz an Wert die ursprüngliche Leistung bedeutend übertrifft. Ist aber bezüglich dieses eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen worden, so ist Gegenstand des Vertrages nicht die unmögliche Leistung selbst; es liegt dann ein durch die Entstehung des Ersatzanspruchs bedingter Kontrakt mit einem möglichen Leistungsinhalt vor, und dieser ist natürlich giltig. Aus demselben Grunde ist auch ein Garantievertrag rechtswirksam, denn auch hier ist für die Leistung des Interesses die Unmöglichkeit der Leistung bedingend.[8]) Im Gegensatz zu dem Prinzip des § 306 bestimmt des Weiteren der § 308 Abs. I B.G.B., daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag dann giltig ist, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für

folge eines Mißverständnisses in Cosack (I S. 347), welcher in Wirklichkeit der gleichen Ansicht ist, einen Vertreter der hier zurückgewiesenen Theorie erblicken. So wie hier auch Planck II Anm. 5 zu § 281; Oertmann Anm. 5 zu § 281; Schollmeyer S. 112; Mittelsteine, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches 1900 S. 87 A. 4; Rehbein II S. 117.

[7]) a. a. O. S. 213.

[8]) Vgl. Schollmeyer S. 152 und Kleineidam I S. 45.

diesen Fall geschlossen wird. Der gleiche Grundsatz gilt, wenn unter einer andern aufschiebenden Bedingung kontrahiert wird und die Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung fortfällt (§ 308 Abs. II B.G.B.). Der Grund für diese Ausnahmebestimmungen oder, wie Dernburg[9]) sich ausdrückt, Verfeinerungen des § 306 B.G.B. beruht im ersteren Falle darauf, daß dort eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung eines unmöglichen Gegenstandes gar nicht beabsichtigt ist, eine Leistungspflicht vielmehr erst für den Eintritt der Leistungsfähigkeit in Aussicht genommen ist. Der § 308 Abs. II aber gründet sich darauf, daß es völlig ungerechtfertigt sein würde, einen Vertrag, der zur Zeit der Fälligkeit erfüllt werden kann, nur deshalb für nichtig anzusehen, weil vor der Leistungszeit, also in einem für die Erfüllung bedeutungslosen Zeitpunkt, seine Erfüllung nicht möglich gewesen ist.[10])

II. Was die im neuen Recht getroffene Regelung des ursprünglichen schuldnerischen Unvermögens anlangt, so ist desselben im Gesetz nicht Erwähnung getan, denn eine in § 348 des Entwurfs vorhandene Vorschrift, wonach ein auf Sachen und Rechte Dritter sich beziehender Vertrag nicht ungiltig sein sollte, wurde als überflüssig gestrichen.[11]) Dagegen sagen die Motive[12]) ausdrücklich: Ein subjektives Unvermögen ist als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes ohne Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners, und auch in den Protokollen[13]) heißt es: .... § 237 Abs. II[14]) bezeichne den Fall, in dem ausnahmsweise die subjektive Unmöglichkeit der objektiven hinsichtlich der befreienden Wirkung für den Schuldner gleichkomme. Den Materialien zufolge sollte also ein Vertrag trotz des Unvermögens des Schuldners Giltigkeit haben.

---

[9]) B.G.B. II 1 S. 130.
[10]) Vgl. Titze a. a. O. S. 219.
[11]) Vgl. Protokolle I S. 455 (S. 916).
[12]) II S. 45.
[13]) I S. 315 (S. 632).
[14]) Jetzt § 275 Abs. II B.G.B.

Im Gegensatz hierzu wird die Ansicht vertreten, daß der § 306 B.G.B. auch das Unvermögen umfasse, daß mithin auch ein Vertrag dieser Art nichtig sei. Ohne ihren Standpunkt zu begründen, nehmen dies Stammler[15]) und Fischer-Henle[16]) an. In jüngster Zeit hat diese Theorie besonders Krug[17]) vertreten. Er leitet die Nichtigkeit des Vertrages und damit die Gleichstellung von Unvermögen und Unmöglichkeit hauptsächlich daher, daß es der historischen Entwickelung gemäß den Anschauungen von Recht und Billigkeit widerspräche, wenn man den Schuldner beim Vorliegen seines ihm selbst unbekannten Unvermögens haften ließe. Habe er indessen Kenntnis hiervon, so habe er nach § 307 Abs. I B.G.B. das negative Interesse zu leisten. Indessen dürfte diesen Gründen nicht viel Bedeutung beizumessen sein. Denn was das historische Argument anlangt, so muß Krug selbst zugeben, daß die letzte der von ihm hierfür konstruierten »Etappen« gegen seine Ansicht spricht. Die Berufung auf die Forderungen der Billigkeit aber ist darum verfehlt, weil sie gegenüber der Entwickelung der Begriffe und ihrer Konsequenzen nicht standhalten kann.[18]) Auch Dernburg,[19]) der jedoch Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln nicht als Unvermögen auffaßt, erkennt einen Vertrag bei subjektiver Leistungsunfähigkeit nicht für giltig an, und zwar deswegen, weil im entgegengesetzten Falle auf Erfüllung geklagt werden müsse und erst die Ergebnislosigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 283 B.G.B. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eröffne. Dies seien aber solch zweckwidrige Prozeduren, daß sie nicht im Sinne des B.G.B. liegen könnten. Dernburg erblickt daher den Unterschied von Unvermögen und Unmöglichkeit lediglich darin,

---

[15]) a. a. O. S. 107.

[16]) 3. Aufl. Anm. 1 zu § 306. — A. M. von der 4. Aufl. an s. unten S. 27 A. 31.

[17]) a. a. O. S. 36 ff.

[18]) Vgl. hierzu Kleineidam II S. 135 ff.

[19]) B.G.B. II 1 S. 129—131.

daß der Gläubiger im ersteren Falle, einen Anspruch auf das Erfüllungs-, nicht bloß auf das negative Interesse hätte. Diese Ansicht ist jedoch schon deshalb unhaltbar, weil aus einem nichtigen Vertrage niemals eine Erfüllungsklage hergeleitet werden kann.[20] [21])

Diesen Theorien gegenüber ist es jedoch sonst in der Literatur anerkannt worden, daß ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag giltig ist. Nichtsdestoweniger gehen die Begründungen dieser Ansicht, sowie die Anschauungen über das Maß der dem Schuldner alsdann obliegenden Leistungspflicht weit auseinander; es herrscht, wie Cosack[22]) bemerkt, »Zweifel über Zweifel«.

Was zunächst die Verpflichtung zur Leistung anlangt, so sind Szkolny und Caro[23]) und Titze[24]) der Ansicht, daß nach Analogie der §§ 275 ff. der Schuldner bei anfänglichem Unvermögen dann zu haften habe, wenn er es zu vertreten habe, andernfalls aber frei sei. Titze, welcher einerseits einen auf eine unmögliche Leistung sich beziehenden Vertrag nicht ohne weiteres für nichtig hält, anderseits aber die logische Gleichwertigkeit von Unvermögen und Unmöglichkeit verteidigt,[25]) begründet seine Ansicht wie folgt: Arg. e contr. sei aus § 306 B.G.B. zu entnehmen, daß ein Vertrag beim Vorliegen eines nur subjektiven Hindernisses giltig sei. Es sei jedoch im Gegensatz zur objektiven Unmöglichkeit keine Bestimmung darüber getroffen worden, welchen Einfluß das Unvermögen auf die schuldnerische Leistungspflicht ausübe. Mithin sei eine Lücke im Gesetz vorhanden, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden müsse; dies könne aber nur dadurch geschehen, daß man die für die nachträgliche Leistungs-

[20]) Krug a. a. O. S. 45.

[21]) Zum Vergleich sei Art. 1599 Code civil angeführt: La vente de la chose d'autrui est nulle, elle peut donner lieu à des dommages — interêts, lorsque l'acheteur à ignoré, que la chose fût d'autrui.

[22]) a. a. O. I S. 353.

[23]) a. a. O. S. 348/49.

[24]) a. a. O. S. 252.

[25]) Vgl. oben S. 20 und S. 4.

unfähigkeit erlassenen Rechtssätze auf das ursprüngliche Unvermögen zur Anwendung bringe. Diese Ausführungen erscheinen auf den ersten Blick zutreffend, sie können aber den Gründen gegenüber, die Kleineidam[26]) vorgebracht hat, nicht aufrecht erhalten werden. Zunächst besteht nämlich, was Titze bestreitet, ein logischer Unterschied zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit. Es kann daher, selbst wenn man Titze folgen und bei objektiver Unmöglichkeit annehmen wollte, daß ein Vertrag zwar giltig sei, daß aber eine Leistungspflicht nicht entstünde, nicht ohne Weiteres geschlossen werden, daß auch beim Unvermögen die gleichen Folgen einzutreten haben. Hierzu wäre eine — nicht existierende — Bestimmung erforderlich. Allein, auch abgesehen hiervon, findet sich in der Anschauung Titzes noch ein zweiter Fehler. Es ist nämlich alsdann gar keine Lücke im Gesetz vorhanden, wenn dieses über den Einfluß anfänglichen Unvermögens keine Bestimmungen trifft, denn diese wird von der Natur der Unmöglichkeit dahin ausgefüllt, daß eine Leistungspflicht gar nicht existent geworden ist. Wenn aber der Vertrag keine Abmachungen über die Folgen fehlenden Könnens enthält, sodaß er inhaltslos ist, so kann diese Lücke nicht ohne Weiteres im Wege der Analogie beseitigt werden.

Demgemäß bleibt nur die Möglichkeit, daß das Gesetz den Vertrag trotz schuldnerischen Unvermögens für giltig erachten will. Wie aber ist die dem Schuldner alsdann obliegende Verpflichtung zu begründen. Mehrere Schriftsteller[27]) führen sie wohl im Anschluß an die Motive[28]) auf eine freiwillige, ausdrückliche oder stillschweigende Garantieübernahme zurück. Nun mag ein besonderes Einstehen für die Möglichkeit in einzelnen Fällen wohl übernommen werden, eine stillschweigende Garantieverpflichtung aber wird deswegen nicht anzunehmen sein, weil in den meisten

[26]) a. a. O. II S. 138 ff., vgl. auch Kisch a. a. O. III S. 551 ff.

[27]) So Planck II S. 47; Endemann I S. 553/54 A. 11; Neumann zu § 306 sub 2; Oertmann zu § 306.

[28]) II S. 45.

Fällen der Schuldner eine derartige Absicht gar nicht haben wird. Eine gesetzliche Haftung aber, wie sie wohl Cosack[29]) im Auge hat, kann darum nicht vorliegen, weil, abgesehen vom Falle der Verschuldung, das B.G.B. in allen Fällen, in denen es dem Schuldner eine besondere Haftpflicht auferlegen will, dies auch in einer Vorschrift zum Ausdruck bringt.[30]) Jedoch läßt sich die Giltigkeit des Vertrages[31]) zunächst auf die entgegengesetzte Schlußfolgerung aus § 306 B.G.B.[32]) und aus § 275 Abs. II B.G.B.[33]) zurückführen. Sodann hat Biermann[34]) darauf hingewiesen, daß der analogen Anwendung der §§ 2169, 2170 Abs. II B.G.B. nichts im Wege steht. Hiernach ist nämlich das Vermächtnis eines bestimmten, nicht zur Erbschaft gehörigen Gegenstandes wirksam, sofern dies dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht, und der Beschwerte hat, wenn er zur Beschaffung außer stande ist, den Wert zu entrichten. Es wird also bei diesem hier vorhandenen Unvermögen im Gegensatz zu der Unmöglichkeit bei Vermächtnissen (§ 2171 B.G.B.) die Haftung des Schuldners ausgesprochen. Schließlich aber spricht, worauf insbesondere Kleineidam[35]) aufmerksam gemacht hat, der logische Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen für die hier vertretene Ansicht. Die zwingende Notwendigkeit der Vernichtung des Vertrages durch die Unmöglichkeit des Leistungsgegenstandes trifft bei Unvermögen nicht zu,

[29]) a. a. O. I S. 353.

[30]) Z. B. bei der Miete (§ 536 ff.) und beim Sachkauf; (§ 459) vgl. hierzu Titze S. 249 und die besondere Begründung von Krug S. 40 ff.; gegen letzteren Kleineidam II S. 136.

[31]) Dies nehmen auch (ohne Begründung) an: Fischer-Henle (von der 4. Auflage an) Anm. 1 zu § 306; Staudinger S. 36, II; v. Buchka, Vergleich. Darstellung S. 76; Kuhlenbeck, Von den Pand. II S. 14, Kommentar S. 253; Enneccerus-Lehmann I S. 439 § 178; Hellmann a. a. O. S. 429.

[32]) So Schollmeyer, Vorbem. zu §§ 275—283; Petri, Gewährleistung 1899 S. 63.

[33]) So Motive II S. 378; Rehbein S. 156. — A. M. Titze S. 250.

[34]) a. a. O. S. 95.

[35]) a. a. O. I S. 46.

es kann also ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung der § 306 B.G.B. nicht auch auf die nur subjektive Leistungsunfähigkeit angewendet werden. Dasselbe hat auch die bisherige Praxis angenommen, so das O.L.G. Hamburg (in dem Urteil vom 18. VI. 1901, Rechtspr. der O.L.G. von Mugdan-Falkmann Bd. III S. 8, Seuff. Arch. 3. Folge Bd. I No. 244), das O.L.G. Dresden (in Mugdan-Falkmann pro 1903 No. 12 S. 226, Urteil vom 20. I. 1903) und das Reichsgericht (Urteil vom 29. X. 1900, Seuffert 3. Folge Bd. II No. 282, Urteil vom 23. XII. 1902, in der Jur. Wochenschrift pro 1903 Beilage S. 22).

Jedoch sind mit dieser Feststellung noch nicht alle Schwierigkeiten behoben, es erhebt sich nämlich alsdann die Frage, ob in einem solchen Falle der Gläubiger auf die ursprüngliche Leistung selbst klagen muß und erst hierauf nach § 283 B.G.B. zu verfahren hat,[36]) oder ob er nach seiner Wahl Leistung oder Interesse fordern darf. Die herrschende Meinung[37]) vertritt die letztere Ansicht, und zwar wohl im Interesse des Gläubigers; doch dürfte der entgegengesetzten Anschauung der Vorzug zu geben sein.[38]) Denn mit Kleineidam ist zu bemerken, daß der Schuldner, auch wenn er aus persönlichen Gründen nicht leisten kann, nach § 267 B.G.B. durch einen Dritten zu erfüllen vermag; sodann kann aber das Unvermögen, wenn auch unerwartet gehoben werden, in diesem Falle würde der Gläubiger aber, der vielleicht an der ursprünglichen Leistung ein Interesse hat, den Erfüllungsanspruch endgiltig verlieren, wenn er auf die Geldentschädigung klagt. Infolgedessen erscheinen diese Prozeduren durchaus nicht so unzweckmäßig, wie Dernburg dies annimmt.

---

[36]) Daß diese Vorschrift auch bei ursprünglicher Leistungsunfähigkeit Anwendung finden kann, erkennen die Motive Bd. II S. 54 an.

[37]) Biermann S. 94; Kuhlenbeck, Kommentar S. 253 A. 2 zu § 306; Cosack I S. 353; Schollmeyer S. 151 und das oben zitierte Hamburger Urteil.

[38]) Kleineidam I S. 48, II S. 127; Staudinger S. 36 II, 1; Mittelsteine, Die Miete nach dem Rechte des B.G.B. S. 87.

Wie verhält es sich nun aber mit der Zuerkennung des Anspruches auf den Ersatz, den der Schuldner durch den Umstand, der sein Unvermögen verursachte, erlangt hat; kann der Gläubiger auch diesen fordern? Titze[39]) und Szkolny und Caro[40]) nehmen dies an, desgleichen Biermann,[41]) der das Commodum dem vermutlichen Willen der Parteien unterstellt. Allein gegen diese Ansicht sprechen hauptsächlich diejenigen Gründe, welche oben S. 21 ff. gegen die Anerkennung eines solchen Anspruchs bei der objektiven Unmöglichkeit geltend gemacht worden sind. Ferner würde, wenn diese Ansicht richtig wäre, der § 2169 Absatz III B.G.B., nach dem dem Erben ein Ersatzanspruch zusteht, für überflüssig anzusehen sein. Dementsprechend wird von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller dieses Recht bei anfänglichem Unvermögen bei Verträgen versagt.[42])

III. Bei gegenseitigen Verträgen endlich bewirkt die ursprüngliche Unmöglichkeit der einen Leistung, wie aus dem ganz allgemein gehaltenen § 306 B.G.B. zu entnehmen ist, die Nichtigkeit des ganzen Vertrages; es gelangt also auch die Gegenleistungspflicht gar nicht zur Entstehung.[43]) Dennoch gibt es auch hier Ausnahmen von dieser Regel. Zunächst haftet nämlich nach § 437 B.G.B. der Verkäufer für das Vorhandensein der verkauften Forderung und zwar deswegen, weil beim Kauf dieser der Käufer sich in einem höheren Maße über die Existenz derselben in Ungewißheit befindet, als der Käufer einer Sache über das Vorhandensein dieser.[44]) Sodann aber verpflichtet § 459 B.G.B. den

[39]) S. 253 Anm. 9.

[40]) S. 348 — ebenso Cosack I S. 354.

[41]) a. a. O. S. 96.

[42]) So von Planck II, Anm. 5 zu § 281; Schollmeyer S. 112 sub b; Oertmann S. 41 sub 3; Mittelsteine a. a. O. S. 88; Dernburg B.G.B. II, 1 S. 132 Anm. 7; Kleineidam I S. 43.

[43]) Vgl. Kleineidam I S. 130; Schollmeyer S. 152; Hellmann S. 434; Enneccerus-Lehmann I § 181 S. 445; Cosack I S. 346; Neumann, Vorbem. zu §§ 320 ff. sub 3 (letztere beiden auf Grund des § 139 B.G.B.).

[44]) Vgl. Stammler a. a. O. S. 108.

Verkäufer einer Sache zur Gewährleistung für Fehler und zugesicherte Eigenschaften. Demgemäß bleibt der Verkäufer zu einer Leistung verpflichtet, hieraus ergibt sich aber die Verpflichtung des anderen Teils. Das Unvermögen dagegen ist, wie wir eben gesehen haben, ohne Einfluß; der Vertrag bildet mithin auch die rechtliche Grundlage für die Verbindlichkeit des anderen Teils.

§ 4.

2. Bei letztwilligen Verfügungen.

a. Nach gemeinem Recht.

I. Erörtern wir nunmehr die Folgen ursprünglicher Unmöglichkeit auch bei letztwilligen Verfügungen, so bedarf es keiner näheren Ausführung, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichtetes Vermächtnis nichtig ist.[1]) Insbesondere können also eine z. Z. der Errichtung nicht existierende Sache,[2]) ein solches Recht,[3]) ein dem Verkehr entzogener Gegenstand[4]) oder eine Sache, die dem Legatar bereits gehört,[5]) nicht Objekt eines Vermächtnisses sein. Indessen ist für den letzteren Fall ein Legat insoweit giltig, als der Beschwerte diejenigen Belastungen der vermachten Sache zu beseitigen hat, die dem Erblasser bekannt waren.[6]) Grundsätzlich ist es hierbei gleichgiltig, ob die Erfüllung des Vermächtnisses vor dem Tode des Erblassers möglich wird, oder nicht; jedoch findet die regula Catoniana, auf die bedingten Vermächtnisse keine Anwendung.[7]) Infolgedessen kann eine Sache für den Fall ihrer künftigen

---

[1]) Mommsen Beitr. I S. 111; Windscheid Pand. III § 634; Arndts S. 96.

[2]) Mommsen I S. 113 A. 2.

[3]) Hartmann I S. 179.

[4]) Arndts S. 97.

[5]) Mommsen I S. 140 A. 3.

[6]) Windscheid Pand. III § 654 S. 644.

[7]) Mommsen, Beiträge I S. 153, ebenso wenig auf Ungiltigkeitsgründe, die nach Errichtung des Testaments eintreten, vgl. Windscheid Pand. III § 639 Note 4.

Existenz giltig vermacht werden, desgleichen ist das Vermächtnis der eigenen Sache giltig, wenn es unter einer aufschiebenden Bedingung angeordnet ist, und sie beim Eintritt der Bedingung aus dem Vermögen des Honorierten ausgeschieden ist.[8])

Einen besonderen Fall der Nichtigkeit eines Vermächtnisses bildet das Praelegat, d. i. ein Vermächtnis, welches einem von mehreren Erben zu Lasten aller, — also auch zu seiner eigenen — vermacht wird. Dieses ist für den Erbteil des Bedachten nichtig, denn die Verfügung, er solle erhalten, was ihm bereits gehört, enthält einen Widerspruch: heredi a semet ipso legatum dari non potest.[9]) Mithin empfängt der Honorierte den Betrag, um den sein Erbteil sich mindert, nicht als Vermächtnisnehmer, sondern als Erbe.[10])

Grundsätzlich entsteht in diesen Fällen eine Leistungspflicht des Belasteten überhaupt nicht, ist jedoch die Annahme gerechtfertigt, daß der vermutliche Wille des Testators nicht so sehr auf die unmögliche Leistung, als vielmehr darauf gerichtet ist, daß dem Legatar ein Vermögensvorteil zugewendet werden soll, so haftet der Beschwerte auf den Wert des Vermächtnisses.[11])

II. Bezüglich der subjektiven Unmöglichkeit ist zunächst darauf hinzuweisen, daß als Subjekt derselben der Erbe zu betrachten ist, da diese Verbindlichkeiten erst mit dem Erbfall entstehen. Im allgemeinen befreit nun die subjektive Leistungsunfähigkeit nicht, vielmehr hat der Beschwerte zu leisten und, falls ihm dies unmöglich ist, den Wert der Leistung zu ersetzen.[12]) Dagegen ergibt sich in praktischer Hinsicht insofern eine Gleichstellung von Unvermögen und

[8]) Mommsen I S. 151.

[9]) l. 116 § 1 Dig. 30.

[10]) Vgl. Meischeider a. a. O. S. 337 — über eine entgegengesetzte Anschauung vgl. ebenda Anm. 3.

[11]) Vgl. Mommsen Beiträge I S. 111; Windscheid Pand. § 634 S. 577; Fischer S. 243 A. 63.

[12]) Mommsen Beitr. I S. 255, II S. 91; Windscheid Pand. III § 634 S. 577 sub 2; Arndts S. 98.

Unmöglichkeit, als bei unzureichender Masse der Erbe nur für die Schulden des Erblassers haftet, im übrigen aber das Recht hat, von den Belastungen die Quarta Falcidia abzuziehen.[13]) Soweit die Vermächtnisse dieses Viertel übersteigen, sind sie nichtig: Si excusserit quis dodrantem pro rata portione, per legem ipso jure minuuntur.[14]) Ferner ist ein Legat im Zweifel dann nichtig, wenn die vermachte Sache nach der Testamentserrichtung durch Veräußerung des Erblassers aus seinem Vermögen kommt. Es wird nämlich eine solche Handlungsweise als stillschweigender Widerruf des Vermächtnisses aufgefaßt.[15]) Weiterhin hat der Vermächtnisnehmer, wenn die vermachte Sache im Eigentum eines Dritten steht, überhaupt keinen Anspruch auf Erfüllung, wenn diese nur mit einem Aufwande aus dem Nachlaß zu ermöglichen ist und der Erblasser das Eigentum des Dritten an der Sache nicht gekannt hat.[16]) Nur dann, wenn der Honorierte nachzuweisen vermag, daß der Erblasser von diesem Umstande Kenntnis gehabt hat,[17]) oder wenn Umstände vorliegen, aus denen sich entnehmen läßt, daß die Sache auch trotzdem vermacht werden sollte,[18]) ist das Legat giltig. Ist aber der Erblasser oder der Beschwerte nicht einmal im Besitz der Sache, so ist das Vermächtnis unwirksam.[19]) Gleiches gilt im Zweifel, wenn über den Gegenstand ein Streit anhängig gewesen ist und das Eigentum hieran dem Gegner zugesprochen wird.[20])

b. Nach dem B.G.B.

I. Im neuen Recht ist der Unmöglichkeit bei Vermächtnissen[21]) die gleiche Wirkung beigelegt, wie im gemeinen

[13]) Windscheid III § 650.
[14]) l. 73 § 5 Dig. 32, 2.
[15]) Mommsen, I S. 40.
[16]) Vgl. Entsch. des R.G. 4 No. 72.
[17]) Vgl. Seuff. Arch. 17 No. 72.
[18]) Hartmann I S. 198; Arndts S. 158.
[19]) Hartmann I S. 197.
[20]) Vgl. Arndts S. 181.
[21]) Die gleichen Vorschriften gelten auch für die Auflage § 2192 B.G.B.

Recht; nur insofern findet sich eine Abweichung, als nicht die Testamentserrichtung, sondern der Erbfall als hierfür maßgebender Zeitpunkt angesehen wird.[22]) Eine letztwillige Verfügung, die auf eine zu dieser Zeit unmögliche Leistung gerichtet ist, ist daher unwirksam § 2171 B.G.B.[23]) Jedoch steht diese Unmöglichkeit der Giltigkeit der Verfügung nicht entgegen, wenn dieselbe gehoben werden kann und das Legat unter der Bedingung des Möglichwerdens der Leistung vermacht wird. Desgleichen ist ein unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter der Bestimmung eines Anfangstermins auferlegtes Vermächtnis wirksam, wenn die Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird.[24])

Im Gegensatz zu dieser auf tatsächlicher Leistungsunfähigkeit beruhenden Unwirksamkeit eines Vermächtnisses ist die Ungiltigkeit aus § 2172 Abs. I B.G.B. auf Grund einer Fiktion ausgesprochen. Es gilt nämlich eine Leistung für unmöglich, wenn mit der vermachten Sache eine Verbindung, Vermengung oder Vermischung vorgenommen worden ist, und nach den §§ 946 ff. ein Dritter hieran entweder Miteigentum mit dem Erblasser erlangt hat, oder Alleineigentümer geworden ist. Sind die Handlungen jener Art durch den Erblasser vorgenommen worden, so wird hierin eine stillschweigende Aufhebung der letztwilligen Verfügung erblickt. Zwar haben sich die Motive[25]) gegen diese mit der Formalisierung des Widerrufs einer testamentarischen Anordnung unvereinbare ademptio legati ausgesprochen, die Protokolle[26]) aber haben mit Recht jene Wirkung auf diesen Gesichtspunkt zurückgeführt und demgemäß unterschieden, ob der Erblasser oder ein Dritter die Verbindung

[22]) Vgl. oben S. 12.

[23]) Das B.G.B. hat sich demnach nicht dem Sprachgebrauch des gem. Rechts angeschlossen, sondern erklärt ein Vermächtnis für nichtig nur dann, wenn es gegen die §§ 134, 138 B.G.B. verstößt, oder der in den §§ 125, 2231 B.G.B. vorgeschriebenen Form ermangelt.

[24]) § 2171 1. Satz.

[25]) V S. 153/54, 146/56.

[26]) V S. 174 (S. 6904).

vorgenommen hat. Für den letzteren Fall ist infolgedessen in § 2172 Abs. II B.G.B. das Prinzip des § 2172 Abs. I eingeschränkt worden. Es gilt nämlich, wenn der Erblasser Miteigentum erworben hat, im Zweifel dieses als vermacht; ist dagegen der Dritte Alleineigentümer, so steht dem Vermächtnisnehmer der Anspruch auf Ersatz des Wertes der Sache zu. Weitere Ausnahmen von der absoluten Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung enthalten die §§ 2288 und 2150 B.G.B. Nach der letzteren Vorschrift wird im Gegensatz zum gemeinen Recht das einem Erben zugewandte Vorausvermächtnis auch insoweit als Vermächtnis fingiert, als der Erbe selbst beschwert ist; der erstere Paragraph spricht dem Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, falls der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, vernichtet hat. Ist dagegen die so vermachte Sache ohne Schuld des Erblassers untergegangen, und steht ihm alsdann ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so ist nur im Zweifel dieses Forderungsrecht als vermacht anzusehen. § 2169 Abs. III B.G.B. Schließlich ist, wenn eine Forderung vermacht, jedoch bereits vor dem Erbfall geleistet worden ist, im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten der Gegenstand, falls dieser sich noch im Nachlaß befindet, zu leisten ist.

II. Im Gegensatz zur Unmöglichkeit ist das schuldnerische Unvermögen bei letztwilligen Verfügungen grundsätzlich einflußlos. So ist z. B. das Vermächtnis einer nicht zur Erbschaft gehörigen Sache, das der Erblasser ausdrücklich auch für diesen Fall dem Bedachten hat zuwenden wollen, wirksam — § 2169 Abs. I B.G.B. — und der Beschwerte hat diese zu leisten. Ist er hierzu außerstande, oder ist die Verschaffung nur mit Aufwendung unverhältnismäßiger Kosten möglich, so kann er sich durch Leistung des Sachwertes befreien. § 2170 B.G.B. Diese Bestimmung findet entsprechende Anwendung, wenn die Begründung eines Rechts an einem Gegenstande durch Vermächtnis

angeordnet ist.[27]) Hatte ferner der Erblasser in doloser Absicht den Gegenstand eines Vertragsvermächtnisses veräußert oder belastet, so hat der Erbe ebenfalls zu leisten, doch steht ihm auch hier die Befugnis zur Leistung des Sachwerts zu. § 2288 Abs. II.

Eine Einschränkung der bisher erörterten Grundsätze enthält der § 2169 Abs. III B.G.B. Ist nämlich der vermachte Gegenstand nach Anordnung des Vermächtnisses dem Erblasser entzogen worden, so ist dem Beschwerten die Leistung subjektiv unmöglich, er braucht sie aber nicht zu prästieren, vielmehr hat er nur einen eventuellen Anspruch, der dem Erblasser zustand, dem Bedachten abzutreten. Letztere Verpflichtung obliegt ihm auch dann, wenn der Erblasser nur ein Forderungsrecht auf Leistung des Gegenstandes des Legats hatte.

War dagegen der Erblasser nur zum Besitz der Sache berechtigt, die er in seinem Eigentum vermutete, so wirkt das Unvermögen insoweit befreiend, als der Schuldner im Zweifel nur den Besitz zu verschaffen hat. § 2169 Abs. II B.G.B. Infolgedessen ist auch das Vermächtnis der eigenen Sache des Bedachten, deren Besitzer der Testator war, nur wirksam, wenn event. rechtliche Vorteile des Besitzes dem Bedachten zugewendet werden sollten.[28]) Bietet der Besitz nämlich keine solche Vorteile, so entsteht überhaupt keine Leistungspflicht. § 2169 Abs. II B.G.B. Desgleichen wird der Erbe befreit, wenn er nachweist, daß er sich durch die Erfüllung des Legats dem Eigentümer verantwortlich machen würde.[29])

Neben dieser auf rechtlicher Grundlage beruhenden subjektiven Leistungsunfähigkeit steht das auf tatsächlichen Hindernissen beruhende Unvermögen. Reicht nämlich der Nachlaß nicht zur Erfüllung der letztwilligen Verfügungen aus, so scheitert hieran deren praktische Durchführbarkeit.[30]) Auch Unvermögen dieser Art wirkt daher befreiend.

---

[27]) Vgl. Protokolle V S. 172 (S. 6901).

[28]) Prot. V 171 (S. 6898).

[29]) § 2169 IV B.G.B. in Verbindung mit Prot. V S. 168 (S. 6896).

[30]) Vgl. hierzu Kleineidam I S. 72.

§ 5.

3. Bei den andern Obligationen.

Schuldverhältnisse können auf Verträgen oder einseitigen Rechtsgeschäften beruhen, oder auf dem Gesetz gegründet sein. Über den Einfluß der Leistungshindernisse bei Kontrakten ist oben in den §§ 2 und 3 gesprochen worden, desgleichen sind die Folgen der Unmöglichkeit, die Verfügungen von Todeswegen ergreift, in § 4 geschildert worden; mithin bleibt noch das Nichtleistenkönnen bei einseitigen Rechtsgeschäften unter Lebenden und bei gesetzlichen Schuldverhältnissen zu erörtern.

I. Bezüglich der ersteren ist darauf hinzuweisen, daß sie im gemeinen Recht nur in geringem Maße eine Verpflichtung begründen. So sind rechtsverbindlich nur Voten und Pollicitationen, sofern eine rechtfertigende Veranlassung vorliegt.[1]) Dagegen ist die verpflichtende Kraft der Auslobung bestritten; während Dernburg[2]) hierfür eintritt, spricht sich Windscheid[3]) gegen diese aus. Gleiches gilt von den Ordre- und Inhaberpapieren.[4]) Sofern aber eine Obligation entsteht, finden die Vorschriften über die Leistungsunfähigkeit bei Verträgen darum entsprechende Anwendung, weil der Grund der Verpflichtung allein auf dem Willen des Schuldners beruht.[5])

Ist daher die Unmöglichkeit objektiv, so ist die Obligation nichtig; bei nur subjektiver Leistungsunfähigkeit dagegen tritt je nach den verschiedenen Theorien entweder ebenfalls Befreiung oder Haftungspflicht des Schuldners ein.

Auch in dem B.G.B. ist die Verpflichtungsfähigkeit zu derartigen Rechtsgeschäften nur ausnahmsweise anerkannt worden, so bei der Stiftung (§ 80), der Auslobung (§ 657)

[1]) Mommsen Beitr. I S. 104; Hartmann I S. 174; Windscheid Pand. II, 1 § 304, Entsch. d. R.G. XV S. 213.

[2]) Pand. II, 1 S. 24.

[3]) Pand. II, 1 § 308 Z. 1.

[4]) Windscheid II, 1 § 304 S. 221 u. Ann. 11 eod. Mot. II S. 695; Dernburg II, 1 § 9 A. 13.

[5]) Mommsen a. a. O. S. 104/09; Dernburg II, 1 § 9 A. 5.

und den Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793). Aber auch hier muß, wie unbestritten ist, dem Nichtleistenkönnen der gleiche Einfluß eingeräumt werden, wie bei Verträgen,[6]) denn die »Schuldverhältnisse aus einseitigen Obligationen sind denen aus Verträgen entstehenden innerlich und in ihrem juristischen Wesen so nahe verwandt, daß dieselben Rechtsnormen, die für die letzteren gelten, auch bei den ersteren zur Geltung gelangen müssen«.[7]) Wir brauchen daher nur auf die obigen Ausführungen in § 3 zu verweisen.

II. Die gesetzlichen Obligationen anlangend, steht die gemeinrechtliche Lehre auf dem Standpunkt, daß von einer sogleich vorhandenen objektiven Unmöglichkeit des Leistungsgegenstandes nicht die Rede sein kann. So führt z. B. Hartmann[8]) aus: »Es hat keinen Zweck, eine eigne Theorie aufzustellen über Gesetze, die etwas Unmögliches gebieten; wenn bei buchstäblicher Auslegung des Gesetzes eine solche Absurdität herauskäme, so ist es Sache der Interpretation, zu ermitteln, ob sich nicht durch tieferes Eindringen in den Geist der Sache ein denkbarer Sinn gewinnen läßt, sonst wäre das unsinnige Gesetz in sich nichtig.« Auch Mommsen[9]) lehrt, daß Gesetze, die etwas Unmögliches vorschreiben, nicht gegeben seien, auch nicht leicht erlassen werden könnten. Dem scheint es nun freilich zu widersprechen, wenn er fortfährt: »Dagegen kommt es allerdings vor, daß das Gesetz eine Verpflichtung auferlegt, deren Erfüllung unter besonderen Umständen unmöglich sein kann; in einem solchen Falle aber wird es nie zweifelhaft sein, daß die Verpflichtung, wenn nicht andere Folgen ihrer Nichterfüllung vorgeschrieben sind, in ihren Wirkungen ganz so zu beurteilen

[6]) So auch Cosack a. a. O. I S. 346; Staudinger S. 60 Anm. zu § 306; Matthiaß I S. 332; Kleineidam I S. 80.

[7]) Mot. II S. 176. In diesem Sinne war auch in den Entwurf I eine ausdrückliche Bestimmung aufgenommen worden; (§ 343) indessen hat diese die II. Kommission als überflüssig gestrichen, vgl. Protokolle VI 163/164 (S. 8429).

[8]) a. a. O. I S. 174.

[9]) Beiträge I S. 104.

ist, wie wenn sie erfüllt werden könnte.« Indessen scheint die Annahme begründet, daß Mommsen hier den Fall im Auge hat, daß an Stelle der unmöglichen Leistung eine andere, mögliche, etwa das Interesse zu treten hat; seine ersteren Worte dagegen dürften sich auf die unmögliche Leistung selbst beziehen.

Auch im neuen Recht, das eine besondere Bestimmung hierüber nicht enthält,[10]) hat der Grundsatz zu gelten, daß eine objektiv unmögliche Leistung vom Gesetz nicht auferlegt werden kann.[11]) Einmal ergibt sich dies, wie die Motive bemerken,[12]) aus der Natur der Sache; sodann aber läßt sich dies aus dem Gesetz selbst entnehmen. Wenn nämlich z. B. dem Schuldner bei der gesetzlichen Schadensersatzpflicht aus §§ 823 ff. zunächst die Pflicht zur Naturalrestitution gemäß § 249 B.G.B. auferlegt ist, so schreibt doch § 251 B.G.B. vor: Soweit die Herstellung nicht möglich ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. In diesem Falle setzt also das Gesetz an die Stelle des unmöglichen einen möglichen Leistungsgegenstand; dies steht aber natürlich nicht im Widerspruch mit dem oben Ausgeführten.

Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß bei gesetzlichen Verpflichtungsgründen ursprüngliches schuldnerisches Unvermögen zur Leistung vorhanden sein kann. Dieses ist aber grundsätzlich ohne Einfluß, da ein Grund zur Berücksichtigung nicht ersichtlich und eine Bestimmung hierfür nicht gegeben ist.[13]) Nur in dem Falle, wo das Vermögen des Schuldners ausdrücklich zur Voraussetzung seiner Verbindlichkeit gemacht ist, erlangt der insolvente Schuldner Befreiung.[14])

[10]) Die Motive II S. 178 halten eine solche für entbehrlich.

[11]) Es ist dies auch unbestritten; vgl. Planck II S. 47; Staudinger S. 60 sub 6, Motive II S. 178; Cosack I S. 345; Szkolny und Caro Anm. 1a zu § 275; Kleineidam I S. 82.

[12]) II S. 45.

[13]) Kleineidam I S. 84; Cosack I S. 353; Biermann S. 91/96.

[14]) Vgl. hierzu Kleineidam a. a. O.

II. Kapitel.

Inwieweit steht das nachfolgende Unvermögen des Schuldners zur Leistung der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung gleich?

1. Wenn Schuldner das Nichtleistenkönnen nicht zu vertreten hat.

a. Bei Speziesschulden.

§ 6.

α. Nach gemeinem Recht.

Wenden wir uns jetzt der nachfolgenden Leistungsunfähigkeit zu, so müssen wir unsere Betrachtungen von einem anderen Gesichtspunkte aus anstellen, als wir dies bei der Behandlung der sogleich vorhandenen Leistungshindernisse taten. Da nämlich mit dem Abschluß eines Vertrages bezw. mit dem Eintritt eines andern Verpflichtungsgrundes auch eine besondere Pflicht des Schuldners zur obligationsmäßigen Sorgfalt für die Erfüllung seiner Leistung entsteht, so kann, gleichgiltig, auf welchem Rechtsgrund die Obligation beruht, der Eintritt der Erfüllungshindernisse vom Schuldner entweder verschuldet oder nicht verschuldet sein. Im letzteren Falle muß zudem wegen der Folgen, die das Gesetz hier eintreten läßt, ein bisher unberücksichtigt gebliebener Unterschied zwischen Spezies- und Genusschulden gemacht werden. Von den Wirkungen der Unmöglichkeit bei den letzteren wird in § 8 gehandelt werden; zunächst soll uns das Nichtleistenkönnen bei den ersteren beschäftigen.

I. Ist die Erfüllung der Obligation objektiv unmöglich geworden, so wird der Schuldner ohne jede Entschädigungspflicht frei, wenn er die Unmöglichkeit nicht verschuldet hat.[1]) Diese Folge geht einerseits aus der Rechtsparömie:

[1]) Vgl. Mommsen, Beitr. I S. 232; Windscheid, Pand. II § 264 S. 87; Dernburg, Pand. II 1 S. 185; Hellmann a. a. O. S. 393.

casus a nullo praestantur[2]) hervor, anderseits aus l. 107 Dig XXXXVI 3: obligatio . . . naturaliter resolvitur, . . . cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit. Es wird also hier das Fehlen der culpa — und damit natürlich auch des dolus — zur Voraussetzung gemacht. Für welchen Grad von Fahrlässigkeit der Schuldner haftet, und ob, insbesondere beim Verzuge des Schuldners oder des Gläubigers, eine andere Art der Haftung eintritt, kann nicht zum Gegenstande unserer Auslassungen gemacht werden, da diese Bestimmungen nicht nur für die Lehre von der Unmöglichkeit, sondern für das gesamte Rechtsleben von Bedeutung sind. Es ist dies demnach im Einzelfalle nach der Natur und dem Stande der betreffenden Obligation zu entscheiden. Jedoch kann der Schuldner darüber hinaus auch ohne Verschulden haften;[3]) sei es, daß der Verpflichtungsgrund schon von Natur aus eine solche Haftung in sich schließt, oder daß diese ausdrücklich vereinbart ist. Infolgedessen ist auch der Ausdruck: »Nichtverschuldung« nicht recht am Platze.

Diese Befreiung tritt nun ipso jure ein, indessen ist damit das Schuldverhältnis durchaus nicht erloschen,[4]) wenngleich von einem »extingui obligationum« gesprochen wird;[5]) die casuelle Unmöglichkeit wirkt nämlich nur insofern befreiend, als nicht etwa der Schuldner ein commodum erlangt. Hierfür gilt nämlich der Satz: commodum eius esse debet, cuius periculum est.[6]) Es steht demnach dieses Surrogat dem zu, der den Nachteil des die Leistungsunfähigkeit herbeiführenden Ereignisses zu tragen hat. Ist dieses vom Schuldner nicht zu vertreten, so wird letzterer

[2]) l. 23 Dig. L, 17.

[3]) Vgl. Windscheid, Pand. II 1 § 264 sub 2a; Mommsen, Beitr. I 234/253/273.

[4]) Mommsen, a. a. O. I S. 297 ff.; Windscheid, Pand. II 1 § 264 S. 83 A. 7; Entsch. R.G. Bd. X S. 180; Hellmann, a. a. O. S. 412/419.

[5]) z. B. in l. 98 § 8 Dig. XXXVI 3.

[6]) § 3 Inst. III 23.

frei und der Gläubiger hat Anspruch auf den durch die Unmöglichkeit gestifteten Nutzen.[7])

II. Betrachten wir das nachfolgende Unvermögen des Schuldners, so finden wir einen anscheinenden Anhalt für dessen Gleichstellung mit der Unmöglichkeit in den Motiven, heißt es doch daselbst,[8]) daß das Unvermögen von keinem Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners sei, und daß dieses dem geltenden Rechte entspräche. Indessen ist diese Bemerkung grundfalsch; denn im gemeinen Recht wird prinzipiell die nachfolgende subjektive der nachfolgenden objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt.

Ganz unumschränkt hat dies Windscheid[9]) ausgesprochen und mit Recht, denn schon in den Quellen wird die Frage, inwieweit der Schuldner bei nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit haftet, nur davon abhängig gemacht, ob der Schuldner sie zu vertreten hat oder nicht. Ebenso sieht Mommsen die subjektive Unmöglichkeit als befreiende an,[10]) und zwar sowohl dann, wenn der Schuldner die faktische Disposition über die geschuldete Sache verliert, als auch beim Verlust des zur Sachleistung nötigen Rechts. Auch Hartmann[11]) kennt diese Gleichstellung — wenigstens bei den hier allein in Betracht kommenden bonae fidei-Obligationen — wirkt doch nach ihm nicht der »vage Mißbegriff« der subjektiven Unmöglichkeit als solcher in Verbindung mit dem Mangel an Verschuldung befreiend, es kommt vielmehr nach ihm darauf an, ob der Schuldner sich mit den Anforderungen der guten Treue in Einklang gehalten hat. Nur insofern dürften daher die Motive Recht haben, als Brinz[12]) bei der nachträglichen, in der Person des Schuldners eintretenden Unmöglichkeit nicht Befreiung

[7]) Vgl. hierzu Mommsen, Beitr. I S. 297, Erörter. I S. 76 ff.; Dernburg, Pand. II § 68; Seufferts Archiv Bd. 34 No. 28.

[8]) II S. 45.

[9]) Pand. II 1 § 264 S. 82; vgl. auch Dernburg, Pand. II § 68.

[10]) Beiträge I S. 28/44.

[11]) a. a. O. I S. 248.

[12]) Pand. II 1 § 278 A. 10; ähnlich Fischer, a. a. O. S. 240.

eintreten läßt. Eine in den Verhältnissen des Schuldners zur Sache gegründete Unmöglichkeit führt dagegen auch nach diesem Schriftsteller zur Absolution.[13])

III. Die bisher gefundenen Grundsätze über die Gleichstellung objektiver und subjektiver Unmöglichkeit finden auch bei synallagmatischen Verträgen Anwendung. Jedoch sind die Folgen der Leistungsunfähigkeit hier insofern anders gestaltet, als auch ein Einfluß auf die Gegenleistungspflicht ausgeübt wird. Indessen ist diese Wirkung für das durch Zufall herbeigeführte Nichtleistenkönnen nicht unbestritten. Denn die herrschende Meinung[14]) will die im Römischen Recht getroffene Regelung der Gefahrtragung,[15]) der zufolge dem Verkäufer auch dann der Anspruch auf den Kaufpreis zusteht, wenn die verkaufte Sache vor der Übergabe ohne seine Schuld untergegangen ist, auf alle zweiseitigen Verträge angewandt wissen, da ja im Falle sofortiger Übergabe bei Perfektion des Vertrages dasselbe Resultat eingetreten wäre. Unberücksichtigt bleiben soll diese Regel nach jener Theorie nur bei solchen Rechtsgeschäften, bei denen die Leistung ihrer Natur nach nicht mit dem Abschlusse des Kontrakts geschehen kann, z. B. bei der Miete. Windscheid[16]) und Mommsen[17]) dagegen sehen diese Bestimmung nur als Ausnahme an und lassen grundsätzlich bei der durch Zufall herbeigeführten Unmöglichkeit der Erfüllung einer Leistung auch den Anspruch auf die Gegenleistung untergehen. Es steht alsdann dem andern Teile, sofern er bereits geleistet hat, nach Mommsen[18]) und Hellmann[19]) der Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten zu, nach Salkowsky[20]) jedoch nur eine Inter-

[13]) a. a. O. § 278 S. 324.

[14]) Puchta II § 302; Vangerow III S. 211; Arndts Pand. I § 275; Dernburg, Kompensation S. 76/77.

[15]) Vgl. hierzu l. 5 § 2 Dig. 18, 5.

[16]) Pand. II S. 304, § 321.

[17]) Beitr. I S. 352.

[18]) Beitr. III S. 414.

[19]) a. a. O. S 394.

[20]) In Glücks Erläuterungen, Teil 49 S. 134.

essenklage. Hat dagegen der eine Kontrahent die Leistungsunfähigkeit des andern Teiles verschuldet, so behält dieser, vorausgesetzt, daß er seine Arbeitskräfte nicht anderweit entsprechend verwenden konnte,[21]) seine Rechte. Hierbei ist es jedoch streitig, ob sich der Anspruch auf die Gegenleistung als solche oder auf Entschädigung richtet.[22])

§ 7.

β. Nach bürgerlichem Recht.

I. Im B.G.B. ist der Einfluß nachträglicher Leistungshindernisse im Gegensatz zu dem der ursprünglichen im allgemeinen einheitlich geregelt worden, und zwar für Speziesschulden in § 275, für Genusschulden in § 279. Die erstere Vorschrift bestimmt in Abs. I: »Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.« Das neue Recht hat also an Stelle des viel zu engen und mißverständlichen Ausdruckes: nicht verschuldete bezw. zufällige Unmöglichkeit den dem Schweizerischen Bundesgesetz entnommenen[1]) Begriff »nicht zu vertretende« Leistungsunfähigkeit gesetzt und beim Vorliegen dieser die ipso jure eintretende Befreiung des Schuldners ausgesprochen. Erlangt dieser aber infolge des die Leistung unmöglich machenden Umstandes einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger seine Herausgabe verlangen (§ 281 B.G.B.).

Schon aus diesem Rechte in Verbindung mit § 767 B.G.B., wo von einer »Änderung« der Hauptverbindlichkeit gesprochen wird, geht deutlich hervor, daß trotz der Be-

---

[21]) Vgl. hierzu Jurist. Wochenschrift 1895 S. 285 No. 14 und Windscheid, Heidelb. Krit. Zeitschrift II S. 139 Anm. 23.

[22]) Ersterer Ansicht Mommsen, Beitr. I S. 356, III S. 422, für die letztere Windscheid, Heidelb. Krit. Zeitschr. II S. 138, Seuff. Arch. I No. 333 und die bei Kisch I S. 83 A. 4 zitierten anderen Entscheidungen.

[1]) Motive II S. 45.

freiung von der Leistungspflicht das Schuldverhältnis durchaus nicht erlischt, es wird vielmehr nur sein Inhalt reduziert, und gerade aus dem alten Rechtsverhältnis werden die eventuell sich ergebenden Rechte geltend gemacht. Es ist also hierbei den Motiven[2]) beizustimmen, wenn diese den Anschein vermieden wissen wollen, daß die alte Obligation erloschen und durch eine neue ersetzt sei. In ähnlicher Weise wird auch in den Protokollen von dem »nunmehrigen Inhalt des Schuldverhältnisses« gesprochen. Infolgedessen kann auch Schollmeyers[3]) und Oertmanns[4]) Anschauung, das Schuldverhältnis erlösche definitiv erst dann, wenn ein Anspruch auf das Surrogat nicht geltend gemacht werde, lebe dagegen in diesem Falle wieder auf, nicht gebilligt werden. Zunächst enthält diese etwas Gekünsteltes,[5]) sodann ist sie aber auch unzutreffend. Wäre nämlich die Obligation erloschen, so wäre der Schuldner aller Verpflichtungen ledig, und auch aus § 242 B.G.B. könnte er nicht in Anspruch genommen werden, da er ja dann nicht mehr Schuldner ist. Er würde mithin dem Gläubiger nicht einmal die Mitteilung von seiner Leistungsunfähigkeit zu machen brauchen. Eine derartige Verpflichtung obliegt ihm aber unbedingt;[6]) es muß hiernach angenommen werden, daß diese aus dem Vertrage entspringt. Alsdann aber ist vom gegnerischen Standpunkt aus überflüssig, in den Fällen, in denen das Schuldverhältnis kraft positiver Bestimmungen erlischt, z. B. in § 673 B.G.B. eine solche ausdrücklich zu normieren. Daraus muß aber umgekehrt geschlossen werden, daß ohne eine solche Vorschrift die Obligation nicht erlischt.[7]) Darüber hinaus soll

---

[2]) II S. 50; vgl. auch Kleineidam I S. 106/107.

[3]) Zu § 323 sub 4 S. 199.

[4]) Zu § 323 sub b S 71.

[5]) Vgl. Titze S. 115.

[6]) Urt. des O.L.G. Hamburg in Mugdan-Falkmann III S. 8 = Seufferts Arch. Dritte Folge I No. 219, vgl. auch Neumann S. 257 Vorbem.

[7]) Vgl. Kalthoff S. 32 und Kisch III S. 522.

nach Cosack[8]) auf Grund analoger Anwendung des § 307 Abs. II der Schuldner verpflichtet sein, dem Gläubiger auch das negative Interesse zu leisten, sofern er die Leistung vertragsmäßig zugesagt und ihre spätere Unmöglichkeit schon bei Vornahme des Rechtsgeschäfts als wahrscheinlich vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Diese Auffassung geht u. E. zu weit. Wenn nämlich jene Vorschrift für den Fall, daß ein Vertrag gar nicht existent geworden ist, die Pflicht zum Ersatz des außerkontraktlichen Schadens statuiert, so kann diese Regel nicht ohne weiteres auf die bei einem bestehenden Kontraktsverhältnis eingetretene Unmöglichkeit angewendet werden. Zudem würde Cosacks Ansicht zu dem Ergebnis führen, dem Gläubiger den Anspruch auf das Surrogat neben dem Recht auf das negative Interesse zu gewähren.

II. Für das nachfolgende Unvermögen haben wir in § 275 Abs. II B.G.B. eine positive Bestimmung: Einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich. Es ist also kraft Rechtssatzes die Gleichstellung von Unvermögen und Unmöglichkeit ausgesprochen worden, und zwar unbedingt, während der Entwurf I in § 237 nur die »in sich« bestimmten Gegenstände treffen wollte und damit ohne den jetzigen § 279 B.G.B. den weiter unten zu behandelnden Fall des Unvermögens bei Gattungsschulden ausschloß. Wir können daher von einer speziellen Darstellung der Folgen unvertretbaren Unvermögens bei Speziesschulden unter Hinweis auf die eben geschilderten der Unmöglichkeit absehen.

III. Daß diese Gleichstellung auch bei gegenseitigen Verträgen anzunehmen ist, dafür ist im Gesetz eine besondere Vorschrift nicht enthalten, infolgedessen wollen auch Endemann[9]) und Kuhlenbeck[10]) die §§ 323 ff. B.G.B. auf die Unmöglichkeit beschränkt wissen. Es dürfte aber

[8]) I S. 349.

[9]) a. a. O. I S. 555.

[10]) Handkommentar A 1 zu § 323 S. 269.

der entgegengesetzten Ansicht der Vorzug zu geben sein. Denn einmal sagen schon die Motive[11]) ganz allgemein: Wo von der Unmöglichkeit die Rede ist . . . . versteht der Entwurf auch das nachträgliche subjektive Unvermögen. Sodann bezieht sich der § 275 B.G.B. auf alle Arten von Schuldverhältnissen, also auch auf die gegenseitigen, sofern nicht andere — hier nicht vorhandene — abweichende Vorschriften eingreifen.[12]) Ferner würde, wenn die Endemannsche Ansicht richtig wäre, der Schuldner bei nachträglicher Leistungsunfähigkeit den Anspruch auf die Gegenleistung nach § 323 nur verlieren, wenn sie eine objektive ist, dagegen den Anspruch behalten, wenn die Unmöglichkeit nur in seiner Person ihren Grund hat. Schließlich spricht für die hier vertretene Anschauung auch der § 440 Abs. I B.G.B., werden doch hier wegen vorhandener Mängel im Recht, also beim Vorhandensein von Unvermögen, die §§ 323 ff. herangezogen. Auch hieraus muß demnach geschlossen werden, daß nach dem Sinne des Gesetzes eine absolute Gleichstellung von Unvermögen und Unmöglichkeit einzutreten hat. Dies ist auch sonst in Theorie und Praxis[13]) anerkannt worden.

Ist alsdann die Leistungsunfähigkeit des einen Teils von keiner Partei zu vertreten, so verliert der leistungsunfähig gewordene Teil auch den Anspruch auf die Gegenleistung, und diese kann, sofern sie bereits erfolgt ist, zurückgefordert werden (§ 323 Abs. I u. III). Nur dann bleibt seine Leistungspflicht bestehen, wenn der andere Teil nach § 281 B.G.B. die Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes verlangt. Bleibt dieser aber an Wert hinter der Gegenleistung zurück, so kann diese nach den

[11]) II S. 46.

[12]) Vgl. Schollmeyer Anm. 1 zu § 323.

[13]) Vgl. Cosack I S. 352; Titze S. 164 A. 2; Kleineidam I S. 154; Kisch I S. 47; Oertmann zu § 323 No. 4; Matthiaß I S. 391; Schöller Bd. 45 S. 539; Staudinger S. 74 A. 8; Szkolny u. Caro S. 370. — Urt. des O.L.G. Karlsruhe vom 13./VII. 00. in Mugdan-Falkmann Heft 13 No. 137 und Urteil des R.G. vom 18./II. 03. in Jur. Wochenschr. 1903 Beil. No. 7 S. 55.

Vorschriften über die kaufrechtliche Minderung herabgesetzt werden. (§ 323 Abs. II.) Trotz Unmöglichkeit der eigenen Leistung behält jedoch nach § 324 B.G.B. der eine Teil den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Leistungsunfähigkeit von dem andern Teil zu vertreten ist; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart, oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskräfte erwirbt, oder zu erwerben böswillig unterläßt.

§ 8.

b. Bei Genusobligationen.

I. Wollen wir jetzt die Frage beantworten, welchen Einfluß das nachträgliche Nichtleistenkönnen bei Genusobligationen ausübt, so müssen wir zunächst darauf hinweisen, daß hier begrifflich von einer objektiven Unmöglichkeit nur dann gesprochen werden kann, wenn die Leistung aus der Gattung überhaupt unmöglich ist. Sodann aber verwandelt sich von einem bestimmten Zeitpunkt ab[1]) die generische Obligation in eine Speziesschuld, sodaß bei nachherigen Erfüllungshindernissen die bisherigen Grundsätze Anwendung zu finden haben. Solange jedoch diese Konzentration noch nicht eingetreten ist, hat im gemeinen Recht nach dem Satze: genus perire non censetur, der Schuldner subjektive Unmöglichkeit stets und ohne Rücksicht auf Verschuldung zu vertreten.[2]) Diese Theorie war die herrschende, denn nur Hartmann[3]) vertrat die Ansicht, daß sich die Genus- von den Speziesschulden lediglich durch das größere Maß der aufzuwendenden Mühe unterschieden, daß im übrigen aber der Schuldner, wie bei Speziesschulden, nur die ihm nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zuzumutenden Anstrengungen zu leisten habe, um frei zu werden. Indessen konnte diese Auffassung, da

[1]) Auf diese — im gemeinen Recht sehr bestrittene — Lehre kann hier nicht näher eingegangen werden, vielmehr sei nur auf §§ 243 Abs. II bezw. 300 Abs. II B.G.B. hingewiesen.

[2]) Vgl. Dernburg Pand. II, 1 S. 74; Windscheid Pand. II, 1 S. 36.

[3]) a. a. O. I S. 254 ff.

sie in jedem einzelnen Falle schwierige Untersuchungen über das Maß dieser Kraftanstrengung erfordert, zu praktischen Resultaten nicht führen, infolgedessen sind auch die Anregungen Stintzings[4]) und Ubbelohdes[5]) auf das B.G.B. ohne Einfluß geblieben; dieses bestimmt vielmehr in § 279: Ist der geschuldete Gegenstand der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

Wie schon aus diesen Worten hervorgeht, hat das B.G.B. es abgelehnt, diese Unfähigkeit zur Leistung auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen.[6]) Es steht aber auch nicht auf dem Standpunkt Mommsens,[7]) daß bei Genusschulden ein Unvermögen nicht denkbar sei; denn dann hätte ja die Fortdauer der Haftung des Schuldners gar nicht ausgesprochen zu werden brauchen; zudem wäre auch der Ausdruck »Unvermögen« unrichtig. Es ist also mit Kisch[8]) in § 279 B.G.B. eine positive Ausnahme von der Regel des § 275 B.G.B. zu erblicken. Die Gründe für diese Strenge beruhen wohl zunächst darauf, daß die Anschaffung generisch bestimmter Gegenstände im allgemeinen eine geringere Kraftanstrengung des Schuldners erfordert, und daß infolgedessen hierbei der Gläubiger mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit auf Erfüllung rechnen können muß. Es wird darum der Schuldner zumeist stillschweigend eine Gewähr für die Möglichkeit künftiger Leistung übernehmen.[9]) Schließlich wird auch die Rücksicht auf den fungibelsten Gegenstand, nämlich das Geld, für den Gesetzgeber besonders bestimmend gewesen sein; wird doch gerade bei Schulden dieser Art der

[4]) a. a. O. S. 466 ff.

[5]) a. a. O. S. 118 ff., vgl. auch Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschrift 1898 S. 134.

[6]) Im gem. Recht huldigte Ihering (Jahrb. IV S. 39) dieser Ansicht.

[7]) Beiträge I S. 47.

[8]) a. a. O. I S. 110; ebenso Biermann a. a. O. S. 102.

[9]) Vgl. Kisch a. a. O. I S. 108.

Schuldner sich stets Geldmittel verschaffen und so leisten können.

Wie weit erstreckt sich nun aber diese Haftung? Die erste Voraussetzung hierfür ist es, wie bereits erwähnt, daß die Leistung aus der Gattung überhaupt noch möglich ist; denn geht diese, oder auch nur der Teil, aus dem der geschuldete Gegenstand zu leisten ist, unter[10]) und zwar ohne Verschulden des Schuldners, so erlischt die Leistungspflicht. Der objektiven Unmöglichkeit aber muß es unbedingt gleichgestellt werden, wenn die Leistung zwar an sich noch möglich, aber mit solchen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß ihre Beschaffung niemandem zugemutet werden kann. Zwar haben sich mit Rücksicht auf die Bestimmtheit des Begriffs der Unmöglichkeit Biermann,[11]) Ubbelohde[12]) und Titze[13]) gegen eine derartige Interpretation des § 279 B.G.B. ausgesprochen; indessen gibt doch § 242 B.G.B. die beste Grundlage für diese; denn nach Treu und Glauben ist die Haftung des Schuldners zu beurteilen. Somit liegt die Hauptbedeutung des § 279 darin, daß das Unvermögen bei Genusschulden auch dann zu vertreten ist, wenn der geschuldete Gegenstand vom Schuldner nicht angeschafft werden kann. Kisch führt in dieser Hinsicht treffend aus:[14]) die Genusschuld unterscheidet sich von der Speziesobligation lediglich dadurch, daß Schuldner bei der ersteren dafür einstehen will, daß er über die zur Leistung erforderlichen Sachen werde verfügen können, wenn er der ihm obliegenden Kraftanstrengung Genüge geleistet haben werde; für weitere Zufälle, die ihn bei der Speziesschuld befreien würden, will er dagegen grundsätzlich nicht einstehen. Die Bestätigung dieser herrschenden Ansicht[15])

[10]) Vgl. Kisch a. a. O. I S. 114.

[11]) a. a. O. S. 99; vgl. auch Arch. für bürg. Recht Bd. X S. 53.

[12]) a. a. O.

[13]) a. a. O. S. 66 ff.

[14]) a. a. O. I S. 117.

[15]) Vgl. Dernburg B.G.B. II, 1 S. 132; Enneccerus-Lehmann I S. 468 A. 1; Planck A. zu § 279; Kuhlenbeck Handkommentar S. 233 zu § 279 und Jur. Wochenschr. 1897 S. 438; Rehbein II S. 112;

ergibt sich auch aus dem Gesetz, denn die Worte: »soweit die Leistung möglich ist,« verpflichten den Schuldner ja auch nur, sein Möglichstes zu tun, um die geschuldeten Gegenstände anzuschaffen. Insbesondere wird demnach der Schuldner als befreit anzusehen sein, wenn z. B. die Gattung infolge Verkehrsstockung nicht befördert werden kann,[16]) oder einem Ausfuhrverbot unterworfen ist[17]) oder außer Verkehr tritt.[18])

Ferner erlischt nach der hier vertretenen und wohl auch herrschenden[19]) Anschauung auch dann die schuldnerische Verpflichtung, wenn eine persönliche, durch Zufall erfolgte Verhinderung eingetreten ist, die dem Schuldner die zur Leistung der Genussache erforderliche Mitwirkung unmöglich macht, z. B. wenn er zum Militär eingezogen wird[20]) oder wenn ein Bankier wegen Krankheit seinem Personal die für den verabredeten Kauf erforderlichen Maßregeln nicht geben kann.[21]) Zwar ist auch hiergegen eingewendet worden, diese Auslegung sei mit dem Wortlaut des § 279 nicht vereinbar,[22]) indessen dürfte doch gerade Biermanns Zugeständnis, seine Ansicht müsse nach der Verkehrsauffassung zu höchst unbilligen Entscheidungen führen, mit Notwendigkeit auf die Anwendung des § 242 B.G.B. hinweisen. Außerdem steht hier auch der Grund des Unvermögens nicht im Zusammenhange mit der Genusqualität der Leistung.[23])

Krug S. 55; Szkolny und Caro A. zu § 279. — A. M. Cosack I S. 356; Endemann II S. 554; Oertmann zu § 279; vgl. auch Arch. für bürg. Recht XII S. 284; Kleineidam I S. 125.

[16]) Kisch a. a. O. I S. 113. — A. M. Titze S. 67.

[17]) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 48 No. 197.

[18]) Vgl. Mommsen Beiträge I S. 47.

[19]) Kisch I S. 118; Rehbein S. 113; Kuhlenbeck, Von den Pand. II S. 72; Szkolny und Caro Anm. 1 zu § 279; Goldmann-Lilienthal S. 165.

[20]) Vgl. Dernburg B.G.B. II, 1 S. 133.

[21]) Enneccerus-Lehmann I § 192 S. 468 A. 1.

[22]) So Biermann a. a. O. S. 100; Titze S. 66; Krug S. 56.

[23]) Vgl. Neumann S. 237 zu § 279 sub 2.

II. Indessen findet § 279, wie dies seinem Wortlaut nach angenommen werden könnte, nicht nur auf geschuldete »Gegenstände«, sondern auch auf solche Handlungen, insbesondere Dienstleistungen Anwendung.[24]) Zwar werden solche seltener vorkommen, indem dem Gläubiger zumeist an den besonderen Eigenschaften und Leistungen des Schuldners gelegen sein wird, indessen sind Verpflichtungen, bei denen die Person des Schuldners gleichgiltig ist, wohl möglich; so wird es z. B. einem Hausbesitzer, der einem Institut die Bewachung seines Hauses aufgetragen hat, nicht auf die Person des eigentlichen Wächters ankommen. In einem solchen Falle kann, so lange überhaupt noch eine Bewachung möglich ist, erfüllt werden, infolgedessen bleibt der Schuldner verhaftet, wenn zwar er ohne Verschuldung die Dienste nicht gewähren konnte, wenn er dies aber durch Vermittelung eines Dritten hätte tun können.[25])

III. An dieser Stelle ist noch die Frage zu erörtern, ob unverschuldete Zahlungsunfähigkeit dem befreiendèn Unvermögen aus § 275 Abs. II B.G.B. zuzurechnen ist, oder dem § 279 untersteht. Eine objektive Unmöglichkeit kann hier nicht in Frage kommen, dies ist bei der in allen Kulturstaaten bestehenden Geldwirtschaft ausgeschlossen; es fragt sich darum nur, ob dieses Unvermögen[26]) auch als solches »behandelt« wird. Die herrschende Theorie verneint dies[27]) und führt diese Folge auf den Grundsatz

[24]) Vgl. Staudinger II S. 42; Kisch I S. 119; Titze S. 67 ff. Anm. 15.

[25]) Ebenso schon für das gemeine Recht Mommsen Beitr. I S. 53

[26]) Daß ein solches vorhanden ist, ist unbestritten; vgl. Dernburg B.G.B. II, 1 S. 129 und Kleineidam I S. 18.

[27]) Sowohl im gemeinen als auch im neuen Recht: vgl. Hartmann a. a. O. I S. 234/57; Mommsen Beitr. I S. 3 A. 5; Hartmann a. a. O. II S. 488; Dernburg Pand. II § 40 S. 114; Brinz Pand. II S. 290. — Titze S. 93/4; Kisch I S. 108; Kleineidam I S. 17; Goldmann-Lilienthal S. 164; Planck No. 2 zu § 279; Enneccerus-Lehmann I S. 468; Rehbein S. 113; Cosack IV. Aufl. I S. 355 (A. M. III. Aufl.); Dernburg B.G.B. II, 1 S. 129; Schollmeyer S. 96 sub 2b, Entwurf durch den Redaktor Kübel, I, III, 1 § 11, Protokolle I S. 326 (S. 652).

zurück: »Jeder Mensch hat die Folgen seiner Mittellosigkeit zu tragen.«[28]) Indessen ist dieser Ansicht in ihrer Allgemeinheit nicht beizustimmen. Nur insofern nämlich, als es dem Schuldner unmöglich wird, seine direkt auf Geld gerichtete Schuld zu erfüllen, haftet er aus § 279 B.G.B. fort, denn dann schuldet er eben Geld als Gattungsschuld; ist seine Verpflichtung aber auf einen Individualgegenstand gerichtet, so wird er durch unverschuldete Zahlungsunfähigkeit befreit.[29]) Man kann nicht mit Planck dahin folgern, bei Speziesschulden sei zwar nicht direkt Geld zu leisten, aber, da die Leistung durch Aufwendung von Geldmitteln zu ermöglichen sei, so entspreche es der Auffassung des Verkehrs und der Absicht der Parteien, den Schuldner ebensowenig, wie wenn er direkt Geld zu leisten habe, durch unverschuldetes Unvermögen für befreit anzusehen. Dieser Lehre widerspricht es, daß gerade bei Speziesschulden die Verpflichtung nicht auf Geld, sondern auf die Leistung gerichtet ist, und daß es dem Gläubiger gleichgiltig ist, wie sich der Schuldner die Sache verschafft, er vielmehr gerade die geschuldete Sache erlangen will. Diesen Erwägungen hat sich wohl Planck auch nicht ganz verschließen können; denn, wenn er in dem von Cosack entlehnten Beispiel einen Kunsthändler, der infolge Bankerotts seines Bankiers das versprochene Bild Menzels nicht liefern kann, trotzdessen weiterhaften läßt, so fügt er dem doch hinzu: »wenn man sie — d. i. die Verpflichtung des Kunsthändlers — nicht schlechthin als Verpflichtung zur Lieferung des Bildes ansieht«. Dies ist aber tatsächlich anzunehmen; somit ist in obligatione eine Speziessache, und nicht eine Gattungsschuld (nämlich das zur Anschaffung erforderliche Geld). Dann aber wirkt das Unvermögen gemäß der strikten Vorschrift des § 275 Abs. II unbedingt befreiend.[30])

[28]) Kisch a. a. O. I S. 110.

[29]) So auch schon für das gemeine Recht Windscheid Pand. II § 277 A. 8/9; vgl. auch Donellus de jure civili libr. XVI cap. 1 sub VII S. 609.

[30]) Ebenso Oertmann S. 35; Cosack III. Auflage I S. 334

IV. Nichtsdestoweniger aber kann der Schuldner sowohl für nachträgliche Zahlungsunfähigkeit bei Speziesschulden als auch für persönliche Hindernisse bei Genusschulden haften. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn er die Erfüllungshindernisse zwar voraussah, jedoch ausdrücklich die Haftung übernahm, oder wenn er es schuldhaft unterlassen hat, geeignete Maßregeln zur Abwehr der Leistungsunfähigkeit zu treffen. Indessen läßt sich der erstere Fall auf ein Garantieversprechen mit seinen besonderen Folgen zurückführen, während über den letzteren, da ein Verschulden in Frage kommt, erst im nächsten Paragraphen zu sprechen ist.

2. Wenn Schuldner das Nichtleistenkönnen zu vertreten hat.

§ 9.

I. Naturgemäß treten bei den vom Schuldner zu vertretenden Erfüllungshindernissen andere Folgen ein, als bei einer von ihm nicht zu vertretenden Leistungsunfähigkeit. Im ersteren Fall hat der Schuldner bei objektiver Unmöglichkeit Schadensersatz zu leisten, einerlei, ob es sich um Spezies- oder Genusschulden handelt.[1]) Dieser, dem Rechtsbewußtsein durchaus entsprechende Grundsatz, den schon Paulus[2]) aufgestellt hat, hat im gemeinen Recht unumschränkt gegolten,[3]) und ist auch in das B.G.B. übergegangen. § 281 Abs. I.[4]) In welchem Verhältnis steht nun aber dieser Ersatzanspruch zu dem Anspruch auf die ursprüngliche Leistung? Als seine Grundlage ist, wie oben

(A. M. IV. Aufl.); Matthiaß I S. 379; Endemann II, 1 S. 554; Biermann S. 100.

[1]) Vgl. Szkolny und Caro S. 323 A. b.

[2]) In libr. VII ad Sabinum fragm. 17 de jur. dot.

[3]) Vgl. Windscheid Pand. II § 264 S. 83; Dernburg Pand. II § 68 S. 185; Seuff. Arch. Bd. 28 No. 75, Bd. 42 No. 200.

[4]) Dieser Ersatzpflicht gegenüber kann der Schuldner freilich die Abtretung der Ansprüche erlangen, die dem Gläubiger inbetreff des zu leistenden Gegenstandes bereits zustanden; vgl. Windscheid Pand. II S. 84 § 255 B.G.B.

Seite 40/44 gezeigt, die ursprüngliche Obligation anzunehmen;[5]) es fragt sich aber, ob die Leistung des Ersatzes an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes oder neben die diesbezügliche, rechtlich unberührte Leistungspflicht tritt. Die Entscheidung dieser Frage ist von praktischer Bedeutung, denn im letzteren Falle kann der Gläubiger das geschuldete Objekt selbst einklagen, ohne Klageabweisung befürchten zu müssen, während ihm im letzteren Falle nur eine Schadensforderung zusteht.

1. Die Ansichten hierüber gehen weit auseinander, und zwar sowohl im gemeinen, als auch im neuen Recht, welche beide eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthalten. So führt einerseits Mommsen[6]) aus, durch eine verschuldete Unmöglichkeit werde der Gegenstand der Obligation unmittelbar nicht verändert, der Schuldner werde vielmehr auf den ursprünglichen Gegenstand für verpflichtet angesehen, und erst bei der Erfüllung trete eine Umwandelung dieses in das Interesse ein.[7]) Nach Windscheid[8]) und Dernburg[9]) dagegen dauert zwar das ursprüngliche Schuldverhältnis fort, jedoch mit dem veränderten Leistungsgegenstande des Geldersatzes. Nach diesen Schriftstellern ist also eine Klage auf den ursprünglichen Gegenstand ausgeschlossen. Dasselbe ist mit der herrschenden Meinung[10]) auch für das B.G.B. anzunehmen, wenngleich mehrere

[5]) Vgl. auch Entsch. des R.G. Bd. X S. 180 No. 48; Rehbein S. 115; Kuhlenbeck, Handkommentar S. 233 zu § 280 A. 1.

[6]) Beiträge I S. 229, 294 A. 8, III S. 66, 413; desgl. Römer in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 19 S. 134; dagegen Windscheid in der Heidelb. Zeitschr. II S. 128.

[7]) Bei bedingten Verträgen dagegen hält auch Mommsen (I S. 231) nur die Interesseforderung für statthaft.

[8]) Pand. II § 264 A. 7.

[9]) Pand. II S. 185. Entsch. des R.G. Bd. 33 S. 221 — vgl. auch Brinz, Pand. II § 266 A. 12.

[10]) So Kleineidam I S. 107/108; Kisch I S. 122; Titze S. 183; Planck No. 3 zu § 280; Schollmeyer zu § 280 sub 2c; Staudinger zu § 280 sub 2a und § 325 sub 1a; Rehbein S. 110, 115; Windscheid-Kipp II, 1 S. 61 sub g; Fischer-Henle Anm. 4 zu § 280; Schöller a. a. O. I S. 607, II S. 513 und 525.

Schriftsteller[11]) hauptsächlich deswegen die Klage auf Erfüllung zulassen, weil (so Oertmann) der Beweis der Unmöglichkeit schwierig sei, und weil (so Kuhlenbeck) diese Erfüllungsklage die Grundlage für etwaige, beim Ausbleiben der Leistung eintretende Ansprüche bilden soll. Diese Gründe können als stichhaltig nicht anerkannt werden, denn was den letzteren anlangt, so können zunächst die Entschädigungsansprüche auch ohne besondere Klage ohne weiteres aus dem Vertrage festgestellt werden. Beiden Begründungen aber steht hauptsächlich der Umstand entgegen, daß, wie Dernburg ausführt, Verurteilung zu Unmöglichem das Unmögliche nicht bewirken kann und die Zwangsvollstreckung in das Unmögliche versagen muß.[12]) Auch aus dem Gesetz selbst läßt sich die Bestätigung dieser Ansicht entnehmen; erstens bedarf es, worauf insbesondere Kisch aufmerksam gemacht hat, schon bei der teilweisen Unmöglichkeit aus § 280 Abs. II B.G.B. ebenso wenig einer besonderen Erfüllungsklage, wie bei dem Ersatzanspruch des § 281 B.G.B. Sodann aber ist in § 283 B.G.B., wo die Erfüllung als durch Schuld des Schuldners unmöglich gemacht angesehen wird, der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, um wieviel mehr muß bei einer auf tatsächlichen Hindernissen beruhenden Erfüllung die ursprüngliche Leistungspflicht für aufgehoben gelten.

2. Als zweite Folge der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsunfähigkeit gewährt das B.G.B. dem Gläubiger das Recht, den Ersatz zu erlangen, den jener infolge der Erfüllungshindernisse erlangt hat. In § 281 B.G.B. ist nämlich dieser Anspruch ganz allgemein und ohne Rücksicht auf die Vertretungspflicht zuerkannt; im gemeinen Recht dagegen stand wegen des dort geltenden Satzes: commodum eius est, cuius periculum dem Gläubiger, der

---

[11]) Neumann Anm. IV zu § 275 S. 234; Szkolny u. Caro S. 316 zu § 275 sub b, S. 324 zu § 280 sub 2 I; Enneccerus-Lehmann I § 197 S. 482 A. 1; Cosack I S. 348; Oertmann A. 4 zu § 280; Kuhlenbeck, Jur. Wochenschr. 1898 S. 137.

[12]) Desgl. Urt. d. R.G. in der Jur. Wochenschr. 1903 Beil. 7 S. 55.

das Äquivalent erhielt und somit keinen Schaden erlitt, ein solches Recht nicht zu.[13]) Den gleichen Standpunkt nahm auch der Entwurf I in § 238 Abs. I ein; indessen ist das Gesetz darüber hinausgegangen, und mit Recht, denn auf den Gläubiger müssen bei einer vom Schuldner zu vertretenden Leistungsunfähigkeit doch mindestens dieselben Rücksichten genommen werden, wie bei der unverschuldeten Leistungsunfähigkeit. Indessen mußte aber der Abs. II des § 281 B.G.B. insofern eine Einschränkung des in Abs. I daselbst angeordneten Prinzips treffen, als sich die Ersatzverpflichtung um den Wert des erlangten Surrogats mindert.

3. In diesem Zusammenhange ist noch die Vorschrift des § 283 B.G.B. zu erörtern, wenngleich diese nicht nur bei der zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung Anwendung findet.[14]) Während nämlich die gemeinrechtliche Praxis[15]) dem Gläubiger nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners nur dann das Recht gab, das Interesse statt der Leistung zu verlangen, wenn Zwangsvollstreckungsmittel entweder unzulässig oder erschöpft waren, gewährt ihm das neue Recht die Befugnis, alsdann eine Frist zu setzen mit der Bedeutung, daß er die Leistung nach Ablauf derselben ablehne. Erfolgt diese dann nicht innerhalb der Frist, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.[16]) Es wird ihm alsdann insofern eine Erleichterung gewährt, als er des oft schwierigen Beweises der Unmöglichkeit enthoben ist, und zu seinen Gunsten gleichsam die Fiktion eintritt[17]) — wenngleich dies auch

[13]) Vgl. Mommsen, Beitr. I S. 297/298 Anm., Erörter. I S. 76 ff.; Dernburg, Pand. II § 68 — über eine Ausnahme vgl. l. 21 Dig. 18, 4 . . . . sed ubi.

[14]) Vgl. z. B. Motive II S. 53 ff.; Kleineidam I S. 131.

[15]) So Urteil des R.G. in Entsch. Bd. X S. 176, Bd. XXII S. 257.

[16]) Das B.G.B. folgt also dem preuß. Recht: §§ 48—50 Allg. Ger.-Ordnung, § 29 der Verordnung vom 4. März 1834.

[17]) So Oertmann Vorbem. zu §§ 275/83 sub 4; Staudinger Anm. zu § 325 sub 4; Szkolny u. Caro S. 329 sub 3, Mot. II S. 53/54, 210; hiergegen Titze S. 146 A. 48.

nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist — die Leistung sei infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden.

II. Gehen wir nunmehr auf das zu vertretende Unvermögen ein, so finden wir, daß diesem die Mehrheit der Schriftsteller des gemeinen Rechts die gleiche Wirkung beilegt, wie der verschuldeten Unmöglichkeit.[18]) Hartmann dagegen[19]) will auch hier das Soll der Obligation berücksichtigen und dann Befreiung eintreten lassen, wenn der Schuldner den Anforderungen der guten Treue genügt hat. Indessen gelangen die Vertreter der herrschenden Ansicht trotz dieser Gleichstellung in praktischer Beziehung nicht zu übereinstimmenden Resultaten. Während nämlich Mommsen in Konsequenz seiner Ansicht über die Fortdauer der ursprünglichen Leistungspflicht bei objektiver Unmöglichkeit auch bei subjektiven Hindernissen die Klage auf die geschuldete Leistung zuläßt, Dernburg dagegen nur einen Geldentschädigungsanspruch entstehen läßt, weicht Windscheid[20]) von seinem bei der objektiven Unmöglichkeit vertretenen Standpunkt insofern ab, als er bei subjektiver Unmöglichkeit den Schuldner nach wie vor aut die ursprüngliche Leistung für verpflichtet ansieht. Er hält somit hier eine Erfüllungsklage für zulässig und sieht in der Geldleistung nur einen Notbehelf. Gleicher Anschauung huldigte auch die gemeinrechtliche Praxis.[21])

Auch für das neue Recht muß der Ansicht beigetreten werden, daß der Einfluß nachfolgenden vertretbaren Unvermögens der gleiche ist wie der der Unmöglichkeit. Zwar könnten sich aus § 275 Abs. II B.G.B. Zweifel ergeben, indem aus der hier getroffenen Gleichstellung unvertretbaren Unver-

---

[18]) So Windscheid, Pand. II, 1 § 264 S. 82: Mommsen, Beitr. I S. 228 ff.; Dernburg, II § 185 S. 68.

[19]) a. a. O. I S. 246, 248 ff.

[20]) Pand. II, 1 § 264 S. 83 A. 7.

[21]) Vgl. Urt. d. R.G. in Entsch. Bd. 32 No. 33 und Seuff. Arch. Bd. 34 S. 291, Bd. 18 No. 50, Bd. 24 No. 28, Bd. 30 No. 247; vgl. auch Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 286 ff.

mögens und unvertretbarer Unmöglichkeit geschlossen werden könnte, diese Gleichstellung sollte eben auf den Fall der Nichtvertretbarkeit beschränkt bleiben. Indessen tritt die Unrichtigkeit dieser Auffassung deutlich zu Tage, wenn man erwägt, daß bei einer Beschränkung des § 280 B.G.B. auf die Unmöglichkeit der Surrogatanspruch aus § 281 Abs. I B.G.B. zwar für den Fall unvertretbaren Unvermögens, aber nicht für den Fall vertretbarer subjektiver Leistungsunfähigkeit gegeben wäre. Daß dies nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, bedarf keiner Ausführung. Ferner würde, wenn diese Gleichstellung nicht angenommen werden müßte, der Gläubiger stets nur den ursprünglichen Gegenstand fordern dürfen, und auch § 283 wäre für ihn bedeutungslos. Denn da es auch hier heißt, »soweit die Leistung unmöglich ist,« könnte diese Bestimmung natürlich auch nur auf die Unmöglichkeit bezogen werden; es würde der Gläubiger bei Unvermögen den Leistungsgegenstand nie erlangen und trotzdem nicht Ersatz fordern dürfen. Gerade dieses Ergebnis muß umgekehrt dazu führen, auch dem vertretbaren Unvermögen die gleichen Folgen wie der vertretbaren Unmöglichkeit beizulegen. Da dies auch in der Literatur unbestritten ist,[22]) können wir auf die oben gemachten Ausführungen Bezug nehmen. Nur ein Punkt bedarf noch des näheren Eingehens. Cosack, Kuhlenbeck und Neumann erachten nämlich, wie bei der Unmöglichkeit, so auch beim Unvermögen die Klage auf die ursprüngliche Leistung an sich für zulässig. Ihnen gegenüber wird die u. E. nach richtigere Auffassung vertreten, wonach infolge der absoluten Gleichstellung dieser beiden Arten der Leistungshindernisse nicht die ursprüngliche Leistung, sondern

---

[22]) Vgl. z. B. Kisch I S. 10, 210; Kleineidam I S. 123/25; Szkolny u. Caro S. 323 zu § 280; Kuhlenbeck, Von den Pand. II S. 72, Handkommentar S. 235 A. 5; Schollmeyer S. 95/96 Vorbemerk. zu §§ 275/83; Cosack I S. 355; Neumann Anm. 2 zu § 275 S. 234; Fischer-Henle A. 3 zu § 280; Enneccerus-Lehmann I § 191 S. 467; Rehbein S. 117; Oertmann Vorbem. zu §§ 275/83 sub II, 2.

nur Schadensersatz gefordert werden kann. Indessen herrscht auch unter den Vertretern dieser Richtung keine Einigkeit, vielmehr wird ein lebhafter Streit darüber geführt, ob die Schadensklage in Gemäßheit des § 249 B.G.B. auf Naturalrestitution — d. i. also Erfüllung zu richten ist oder ob sie lediglich eine Geldentschädigung bezwecken kann. Ersteres nimmt Planck[23]) an; denn mit der Feststellung des Unvermögens sieht er die Voraussetzung für die Geldentschädigung nicht schon als gegeben an, nach ihm muß daher der Gläubiger nach den §§ 280 Abs. I, 249 zunächst die Wiederherstellung des Zustandes fordern, der vorhanden gewesen wäre, wenn das Unvermögen nicht eingetreten wäre, also die Erfüllung der Verbindlichkeit. Um einen Geldentschädigungsanspruch zu erlangen, muß er daher nach § 283 verfahren oder nach § 250 eine angemessene Frist zur Herstellung, also zur Erfüllung setzen. Gegen diese Ansicht hat sich Staudinger[24]) ohne Begründung gewandt, während Dernburg,[25]) dessen Bemerkungen auch von dem nachträglichen Unvermögen gelten,[26]) »solche Prozeduren für unzweckmäßig« hält.

Eine ausführliche Begründung der entgegengesetzten Theorie bringt Schöller.[27]) Er unterscheidet bei der nachträglichen Leistungsunfähigkeit, ob die Erfüllungshindernisse gehoben werden können, und ob der Schuldner kraft des Vertrages zu ihrer Beseitigung verpflichtet ist. Können sie gehoben werden, sei es durch den Schuldner allein oder durch Mitwirkung eines hierzu bereiten Dritten, so liegt für den Fall der Verpflichtung zur Beseitigung ein Unvermögen oder eine Unmöglichkeit gar nicht vor; es kann also die ursprüngliche Leistung eingeklagt werden. Ist dagegen

---

[23]) No. 3 zu § 280; desgl. Schollmeyer S. 108 zu § 280 sub 2c; Oertmann zu § 280 sub 4; Kleineidam I S. 126; Neumann S. 238 zu § 280 sub 3.

[24]) a. a. O. S. 42 zu § 280 sub 2a.

[25]) B.G.B. II S. 131 § 61.

[26]) Vgl. Kisch I S. 122 A. 2.

[27]) a. a. O. II S. 530 ff.

der Schuldner zur Fortschaffung des Hindernisses gar nicht verpflichtet oder ist diese Pflicht — wie bei der nachträglichen verschuldeten Leistungsunfähigkeit — zwar vorhanden, die Hebung jedoch ausgeschlossen, so kann, gleichgiltig, ob es sich um Unvermögen oder Unmöglichkeit handelt, Schadensersatz nur in Geld gefordert werden. Eine Klage auf die ursprüngliche Leistung hält Schöller auch bei Unvermögen darum für ausgeschlossen,[28]) weil Schadensersatz wegen Nichterfüllung augenscheinlich der direkte Gegensatz der Erfüllung wäre, daher auch nicht mit Erfüllung identisch sein könne. Sodann aber würde entgegengesetztenfalls auch bei dem § 283 B.G.B., wo doch der Anspruch auf Erfüllung direkt ausgeschlossen sei, dieser im Widerspruch mit dem Gesetz auf dem Umwege der Naturalrestitution des § 249 B.G.B. wieder »eingeschmuggelt« werden.

Was diese Begründung anlangt, so braucht auf den Fall der Hebung des Hindernisses durch den dazu verpflichteten Schuldner nicht näher eingegangen zu werden, da ja nach Schöller selbst ein Unvermögen hier gar nicht vorliegen soll. Wenn er aber weiterhin meint, die Erfüllungsklage sei als Schadensklage unzulässig, so befindet er sich u. E. nach hier in einem Irrtum. Einmal spricht nämlich für diese die positive Fassung des § 249, so »auffallend« auch dies Ergebnis erscheinen mag.[29]) Ferner ist aber mit dem schuldnerischen Unvermögen doch die Möglichkeit der Erfüllung gar nicht ausgeschlossen; es kann ja ein Anderer leisten, der hierzu sogar berechtigt ist. Auch die Berufung auf § 283 B.G.B. ist u. E. verfehlt. Wenn es nämlich in der Vorschrift des § 251 B.G.B. heißt: »soweit die Leistung nicht möglich ist«, so kann dieses doch nur bedeuten: soweit die Herstellung entweder tatsächlich oder infolge rechtlicher Bestimmungen unmöglich ist. Nun ist die in § 249 B.G.B. erforderte Wiederherstellung des

[28]) a. a. O. I S. 607, II S. 513, 525 ff.; ähnlich Kisch I S. 126; Cosack I S. 351.

[29]) Vgl. Petri, Gewährleistung S. 63.

früheren Zustandes nichts Anderes, als die Herstellung der schuldnerischen Leistungsfähigkeit und damit auch der Leistung, also die Erfüllung selbst. Wird darum in § 283 der Anspruch auf Erfüllung nicht mehr aufrecht erhalten, so wird hierdurch die Herstellung aus § 249 ausgeschlossen, m. a. W. im Falle des § 283 kann nur Geldentschädigung gefordert werden.[30]) Es ist dies um so einleuchtender, als ja gerade vermittels jenes Paragraphen die Einforderung einer Geldentschädigung an Stelle der Naturalerfüllung besonders erleichtert werden sollte.

Im Gegensatz zu den bisher erörterten Theorien läßt Kisch[31]) dem Gläubiger zwischen dem Erfüllungs- und dem Entschädigungsanspruch die Wahl. Das erstere Recht leitet er aber weder aus der begrifflichen Annahme des Fortbestehens der Leistungspflicht noch aus dem Grundsatze der Naturalrestitution her. Er stützt vielmehr seine Ansicht lediglich auf die praktische Erwägung, daß das Unvermögen des Schuldners erst mit allen Mitteln des Prozeß- und Vollstreckungsverfahrens ermittelt werden solle. Nach der hier vertretenen Anschauung, derzufolge der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung mit deren Unmöglichwerden untergegangen ist, kann eine Wahlberechtigung des Gläubigers zwischen diesen beiden Rechten überhaupt nicht anerkannt werden. Dem zweiten Grunde, den Kisch anführt, steht aber neben dem zwingenden Wortlaut der §§ 280, 249 B.G.B. der Umstand entgegen, daß es auch bei objektiver Unmöglichkeit von Wichtigkeit sein dürfte, die gesamten Mittel des Prozeßrechts zur Anwendung zu bringen. Demgemäß müßte Kisch auch bei der Unmöglichkeit die Erfüllungsklage zulassen. Wenn er aber hier nur eine Geldentschädigung verstattet, so ist dies u. E. nicht ganz folgerichtig. Wir können daher nur die Planck'sche Auffassung für richtig und zweckentsprechend erachten.

III. Betrachten wir schließlich noch die gegenseitigen Obligationen, so gelangen wir, um dies gleich vorweg zu

[30]) Ähnlich Neumann S. 240 zu § 283 sub 2.

[31]) a. a. O. I S. 127; desgl. Petri, a. a. O. S. 67.

nehmen, schon mit Rücksicht auf die Gleichstellung unvertretbaren Unvermögens und Unmöglichkeit dazu, auch bei diesen Obligationen vertretbares Unvermögen und vertretbare Unmöglichkeit einander gleichzustellen.[32]) Alsdann bewirkt die Leistungsunfähigkeit des einen Kontrahenten nicht ohne weiteres die Befreiung des andern Teils von seiner Leistungspflicht, vielmehr stehen letzterem folgende Rechte zu:

1. Er kann zunächst von dem Vertrage zurücktreten. Alsdann wird er von seiner Verpflichtung frei und kann, sofern er schon geleistet hat, die Rückgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 ff.) erlangen. Dieses Recht gewährt ihm das neue Recht in § 325 S. 2 unbedingt,[33]) während Windscheid[34]) diese Befugnis nur beim Verzuge und unter der Voraussetzung des darum fehlenden Interesses des Gläubigers an der Leistung gelten lassen wollte. Indessen vertritt schon Mommsen[35]) die Ansicht, daß bei verschuldeter Unmöglichkeit der Gläubiger nicht gezwungen werden könne, das Geldäquivalent des Schuldners gegen seine Leistung anzunehmen. In gewissem Sinne erkennt also auch diese Theorie ein Rücktrittsrecht an.[36])

2. Ferner kann der Gläubiger, statt vom Vertrage zurückzutreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. § 325 Abs. I S. 1 B.G.B.[37]) Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so erhebt sich die Streitfrage, ob er zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. Nach der herrschenden Ansicht[38])

[32]) So auch das Urt. in Seuff. Arch. Bd. 43 No. 103.

[33]) Vgl. auch Mot. II S. 210.

[34]) Pand. § 280 A. 1; vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 24 No. 228.

[35]) Beiträge III S. 258 A. 4.

[36]) So auch Seuff. Arch. Bd. 16 No. 208.

[37]) So auch schon Seuff. Arch. Bd. 40 No. 191.

[38]) So Windscheid-Kipp II, 1 § 321 S. 308; Planck § 325 sub 1a; Schollmeyer § 325 sub 2, § 326 sub 3; Staudinger § 325 sub 1a; Oertmann § 325 sub 1a; Dernburg, B.G.B. II, 1 S. 210, 215, II, 2 S. 34 A. 2; Endemann I S. 538; Fischer-Henle § 325 A. 3; Titze S. 183; Kleineidam I S. 145/49; Kisch

ist diese so zu leisten, wie sie versprochen war. Cosack[39]) aber nimmt dies nur dann an, wenn der Gläubiger bei seinem Anspruch auf die ursprüngliche Leistung beharrt; verlangt er dagegen Schadensersatz, so steht es nach ihm, wie nach den Schriftstellern, die hier überhaupt nur einen Geldentschädigungsanspruch verstatten,[40]) im Belieben des Gläubigers, die Gegenleistung zu verweigern; nur muß er sich im letzteren Falle das anrechnen lassen, was er an seiner Arbeitskraft erspart hat. Im einzelnen auf diese Kontroverse einzugehen, geht über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus, da, wie aus dem Aufsatz von Kisch[41]) hervorgeht, zur Widerlegung der Ansicht der Minderheit genauere Untersuchungen über das Wesen der gegenseitigen Verträge angestellt werden müssen. Nur folgendes sei mit Kisch[42]) hier bemerkt: Durch die verschuldete Unmöglichkeit wird der Vertrag nicht aufgehoben, da sonst ein Rücktritt aus § 325 B.G.B. undenkbar wäre. Verlangt nun der Gläubiger Entschädigung auf Grund des Vertrages, so sieht er ihn als verbindlich an und muß auch seinerseits leisten.

3. Schließlich kann nach § 325 Abs. I S. 3 B.G.B. der Gläubiger es so ansehen, als ob die Leistungsunfähigkeit des Schuldners von keiner Partei zu vertreten wäre. Alsdann verliert er zwar den Anspruch auf die Gegenleistung, braucht aber auch seinerseits nicht zu leisten.

Diese dem Gläubiger so gewährten Befugnisse schließen sich, da sie ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach grundverschieden sind, einander aus.[43]) Es kann demnach, wie dies auch aus § 325 hervorgeht, nur Schadensersatz ge-

---

I S. 132, II S. 68 ff.; Matthiaß I S. 393; Szkolny und Caro S. 373 zu § 325.

[39]) a. a. O. I S. 349.

[40]) So Staub Kommentar zum H.G.B. 6. u. 7. Aufl., Exkurs zu § 374 II. 1 b cc Anm. 20 ff.; Schöller a. a. O. I S. 603 ff., II S 511 ff., III S. 1 ff.; Staffel im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 92 S. 467 ff.

[41]) a. a. O. II.

[42]) a. a. O. I S. 132.

[43]) Vgl. Kleineidam I S. 148 ff.; Kisch I S. 151 ff.

fordert oder Rücktritt erklärt werden.[44]) Der Gläubiger kann ferner vom Vertrage zurücktreten, jedoch nicht gleichzeitig das Recht aus § 323 Abs. I oder II geltend machen, denn es wäre sinnwidrig, nach bereits erfolgtem Rücktritt nochmals eine Auflösung der Obligation (aus § 323 Abs. I) bezw. eine Fortsetzung derselben (aus § 323 Abs. II) herbeiführen zu wollen. Dagegen hat die Praxis des gemeinen Rechts[45]) dem Gläubiger, der infolge des gegnerischen Verzuges an der Leistung kein Interesse mehr hatte, das Recht auf Schadensersatz und Rücktritt gegeben.

Schluß.

§ 10.

Einfluß teilweisen Nichtleistenkönnens.

Bei unsern bisherigen Darstellungen haben wir stets nur die totale Leistungsunfähigkeit berücksichtigt, d. h. ein Nichtleistenkönnen; welches den Gegenstand der Obligation seinem ganzen Umfange nach, den Ort und die Zeit der Leistung ergreift. Im Gegensatz hierzu können, wenn, wie bereits oben S. 8 erwähnt, die Erfüllungshindernisse nur in einer dieser drei Richtungen zu Tage treten, wir von einem teilweisen Nichtleistenkönnen 1. hinsichtlich des Gegenstandes — teilweise Unmöglichkeit im engeren Sinne —, 2. hinsichtlich des Ortes — örtliche Unmöglichkeit — und 3. hinsichtlich der Zeit — zeitweilige Unmöglichkeit — reden. Auch diese letztere Leistungsunfähigkeit wird von der herrschenden Meinung[1]) als teilweise Unmöglichkeit bezeichnet. Zwar hat sich Kisch[2]) deswegen gegen diese

[44]) Vgl. auch Mot. II S. 210.

[45]) So das Urteil in Gruchots Beiträgen Bd. 39 S. 450.

[1]) So von Mommsen Beiträge I S. 212; Planck zu § 284 No. 1 zu § 286 No. 1; Titze S. 33; Kleineidam I S. 94/95.

[2]) a. a. O. I S. 22, III S. 514; ebenso Schöller a. a. O. III S. 2 Anm. und Rehbein II S. 115.

Ausdrucksweise ausgesprochen, weil die praktische Behandlung der zeitweiligen Unmöglichkeit eine andere als die der totalen sei; einerseits werde nämlich, falls eine bestimmte Zeit wesentlich sei, das Schuldverhältnis alsdann ganz aufgehoben, anderseits aber werde, wenn eine bestimmte Zeit nicht wesentlich sei, nur die Erfüllung aufgeschoben, ohne daß eine Minderung der Gegenleistung gemäß § 323 B.G.B. stattfände; zudem träten bei verschuldeter zeitweiliger Unmöglichkeit die besonderen Vorschriften über den Leistungsverzug ein.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch die Erwägung, daß zu einer vollständigen Erfüllung des Schuldverhältnisses auch deren Rechtzeitigkeit gehört. Es ist darum, da die vertragsmäßige Erfüllungszeit nicht mehr wiederkehrt, sofern sie einmal vorüber ist, eine genau dem Vertrage entsprechende Erfüllung nicht mehr möglich; es kann vielmehr nur noch in geringerem Umfange geleistet werden. Sodann aber spricht für die hier vertretene Ansicht eine vergleichende Anschauung der §§ 280 Abs. II und 286 Abs. II, 325 und 326, 275 B.G.B. und 237 des Entwurfs I.[3]) Die Motive sind daher berechtigt,[4]) den Verzug als eine teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit zu definieren, bei dessen Behandlung zu der Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit eine Parallele gezogen werden könne.

Welche Folgen treten nun bei einer Leistungsunfähigkeit dieser Art ein? Wenn wir zum Schlusse unserer Darstellungen noch auf diesen Punkt eingehen wollen, so müssen wir zunächst darauf hinweisen, daß auch die teilweise Unmöglichkeit objektiv oder subjektiv, ursprünglich oder nachfolgend sein kann und daß an sich für die Gleichstellung von Unvermögen und Unmöglichkeit die bisher erörterten Grundsätze Anwendung finden; denn es ist ja gleichgiltig, ob der Beantwortung dieser Frage völliges oder teilweises Nichtleistenkönnen zu Grunde gelegt wird.

[3]) Vgl. Titze S. 41 und Kleineidam I S. 25 Anm. 12.
[4]) II S. 210, vgl. auch S. 60.

Letzteres unterscheidet sich von dem ersteren nur insofern, als es einen andern Einfluß auf die Leistungspflicht ausübt.

I. Teilweises zeitliches Nichtleistenkönnen.

Leistet der Schuldner am Fälligkeitstermine nicht, so kommt es darauf an, ob nach dem Inhalt der Obligation der Leistungszeit eine wesentliche Bedeutung innewohnt oder nicht. Ist nämlich hiernach eine Leistung zu einer andern, als der bedungenen Zeit überhaupt nicht als Leistung anzusehen, so ist die Erfüllung gänzlich und für alle Zeiten unmöglich geworden; es liegt daher nur eine scheinbar teilweise, in Wirklichkeit aber eine völlige Unmöglichkeit vor.[5])

Läßt es aber das Schuldverhältnis zu, daß die Leistung auch noch nachträglich erfolgen kann, so wird dadurch seine Giltigkeit nicht berührt: der Schuldner hat, wenn auch verspätet, zu leisten. Daneben hat er jedoch unter gewissen Voraussetzungen die Verspätung zu prästieren.

1. Ist nämlich die teilweise Leistungsunfähigkeit eine ursprüngliche, sind also die Erfüllungshindernisse schon zur Zeit der Entstehung der Obligation vorhanden, so kann sich nach Windscheid[6]) der Schuldner hierauf nur dann berufen, wenn das Hindernis ein objektives ist; ist es aber nur subjektiver Art, so hat er Ersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten. Mommsen[7]) dagegen spricht bei objektiver Unmöglichkeit dem Gläubiger die Befugnis zu, auf sofortige Erfüllung zu klagen, falls der Schuldner dolos gehandelt hat, und — bei gegenseitigen Kontrakten — auch vom Vertrage zurückzutreten, sofern er nur von der Unmöglichkeit keine Kenntnis gehabt hat. Ein Recht, die Gegenleistung zu mindern, wird dagegen nicht anerkannt. Hinsichtlich der subjektiven Unmöglichkeit stimmt Mommsen

---

[5]) Vgl. Mommsen Beitr. I S. 218, 295; Titze S. 34; Kisch I S. 19 § 361 B.G.B.; Seuff. Arch. III. Folge II No. 236; Seuff. Arch. 45 No. 176.

[6]) Pandekten II, 1 § 277 sub 4.

[7]) Beiträge I S. 219 ff., 215.

mit Windscheid nur dann überein, wenn diese auf dem Mangel rechtlicher Dispositionsbefugnis beruht; liegt aber ein nur faktischer Hemmungsgrund vor, so behandelt er sie, wie die zeitweilige objektive Unmöglichkeit.

Nach dem neuen Recht haben die §§ 307 ff. B.G.B. analoge Anwendung zu finden. Bei einem objektiven Erfüllungshindernis, das ihm bekannt ist, hat demnach der Schuldner das negative Interesse des Gläubigers an der Verspätung der Erfüllung zu leisten. Ein nur zeitweiliges Unvermögen aber hat er nach der oben allein als berechtigt hingestellten Ansicht stets zu vertreten. Dieses geht auch aus § 285 B.G.B. hervor, gerät doch hiernach der Schuldner stets und ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Leistungsunfähigkeit in Verzug, wenn er diese zu vertreten hat.

2. Tritt der Mangel der Fähigkeit, rechtzeitig zu leisten, erst nach Entstehung der Obligation zu Tage, so ist grundsätzlich nach gemeinem Recht der Schuldner nur zur nachträglichen Erfüllung verpflichtet, sofern er den Mangel nicht zu vertreten hat.[8]) Ein Recht des andern Teils, vom Vertrage zurückzutreten, wird daneben auch bei denjenigen gegenseitigen Obligationen eingeräumt, bei denen trotz kasueller Unmöglichkeit der Anspruch auf die Gegenleistung nicht untergeht. Gleiches gilt in den Fällen, in denen die Unmöglichkeit vor der Perfektion der Obligation eintritt.[9]) Hat aber der Schuldner die Verspätung verschuldet — und hierfür gelten die besonderen Vorschriften über den Leistungsverzug —, so obliegt ihm auch die Leistung des Interesses.

Die gleichen Folgen treten auch nach dem B.G.B. ein; dies geht ganz allgemein für den Fall der Nichtvertretbarkeit des Schuldners zunächst aus dem Wortlaut des § 275 B.G.B. hervor, welche Vorschrift somit den ausdrücklich die zeitweilige Befreiung aussprechenden § 237 des Entwurfs umfaßt. Daneben begründet die zeitweilige Unmöglichkeit bei gegenseitigen Obligationen, sofern die nachträgliche Erfüllung im Vergleich zur pünktlichen von

[8]) Vgl. Windscheid a. a. O.; Mommsen Beiträge I S. 295.
[9]) Mommsen a. a. O. S. 297.

geringerem Werte ist, nach Titze[10]) ein Recht auf entsprechende Reduktion der Gegenleistung, nach Kisch[11]) dagegen nur eine aufschiebende Einrede gegenüber der auf sofortige Leistung gerichteten Klage. Verschuldet aber der Schuldner die Unmöglichkeit, so gerät er nach der herrschenden Meinung[12]) in Verzug. Er hat demnach dem Gläubiger den durch die nicht rechtzeitige Erfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen und, sofern die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse hat und dieser vom Vertrage zurücktritt, vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§ 286 B.G.B.). Im Falle eines gegenseitigen Vertrages hat der Gläubiger außerdem das Recht der Fristsetzung aus § 326 B.G.B. Ohne Rücksicht auf Vertretbarkeit oder Nichtvertretbarkeit aber haftet der Schuldner für zeitweiliges Unvermögen bei Gattungsschulden.[13])

II. Teilweises örtliches Nichtleistenkönnen.

Auch bei der örtlichen Leistungsunfähigkeit ist zunächst zu unterscheiden, ob nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, bezw. wenn dieses einen Aufschluß nicht gibt, nach den Anschauungen des Verkehrs, die Leistung an einem andern als dem vereinbarten Orte noch als Teil des ursprünglichen Leistungsinhalts angesehen werden kann oder nicht. Letzterenfalls ist die Unmöglichkeit eine vollständige;[14]) ersterenfalls fällt sie mit der zeitweiligen zusammen, wenn es dem Schuldner nur zur Leistungszeit unmöglich ist, am Leistungsort zu erfüllen.[15]) Ist er da-

[10]) a. a. O. S. 169.

[11]) a. a. O. III S. 535, I S. 21.

[12]) Kisch I S. 21; Titze S. 41. Nach Schöller III S. 2 Anm. dagegen sollen in diesem Falle die Grundsätze vom Verzuge entsprechende Anwendung finden.

[13]) Vgl. § 279 B.G.B., Motive II S. 60, Prot. I S. 326 (S. 651); Staub H.G.B. 6./7. Auflage S. 1283 sub γγ. — A. M. Dernburg B.G.B. II, 1 S. 156.

[14]) Vgl. Titze S. 42; Kisch I S. 167, § 325 Abs. 1 S. 2 B.G.B.

[15]) Vgl. auch Mommsen Beitr. I S. 214 A. 7.

gegen dauernd außer stande, hier zu leisten, so finden die Vorschriften über die gegenständliche teilweise Unmöglichkeit analoge Anwendung.[16]) Insbesondere ist der Gläubiger, sofern der Schuldner von der ursprünglichen örtlichen Leistungsunfähigkeit Kenntnis hatte, berechtigt, das negative Interesse zu fordern; ferner kann er bei gegenseitigen Verträgen, sofern das Hindernis erst nachher und zufällig eingetreten ist, die Gegenleistung in dem Verhältnis mindern, indem z. Z. des Vertragsschlusses die Leistung an dem einen, zur Erfüllung an dem andern Orte gestanden hätte. (§ 323 Abs. I S. 2.) Bei zu vertretender Unmöglichkeit aber kann er Schadensersatz wegen unvollständiger Erfüllung fordern (§ 325 Abs. I S. 2), oder, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, vom Vertrage zurücktreten oder vollen Schadensersatz verlangen.

III. Teilweises gegenständliches Nichtleistenkönnen.

Liegt schließlich teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung vor, so kann sie ihrerseits entweder auf der mangelhaften Quantität der Sache beruhen, oder in dem Fehlen gewisser Eigenschaften ihren Grund haben.[17]) In letzterer Beziehung kommen neben den allgemeinen Vorschriften noch die besonderen Grundsätze über Mängelgewähr in Betracht. Indessen muß, da dies zu weit führen würde, von einer Darstellung dieser abgesehen werden.[18]) Es bleiben daher nur die allgemeinen Folgen der teilweisen Leistungsunfähigkeit zu schildern. Zu diesem Zwecke ist jedoch vorher festzustellen, wenn eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Bei Leistungen einfacher Natur ist eine solche überhaupt ausgeschlossen; es kann z. B. die Bestellung einer

[16]) So Kisch a. a. O. I S. 162; Windscheid Pand. II, 1 § 282 S. 146 sub 2, § 315 sub c S. 272.

[17]) Vgl. Mommsen Beitr. I S. 153; Windscheid II, 1 § 321 S. 307, Mot. II S. 49; Kisch I S. 167/8.

[18]) Das Nähere hierüber bei Mommsen I S. 193; Kisch I S. 193; Kleineidam I S. 155/62.

Grunddienstbarkeit durch den Eigentümer entweder ihrem ganzen Umfange nach oder überhaupt nicht geleistet werden. Es gibt jedoch quantitativ und qualitativ zusammengesetzte Leistungen, z. B. die Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum und Besitz zu übertragen. Wenn nun eine solche Obligation nur in einzelnen Beziehungen erfüllt, z. B. also nur Besitz übertragen werden kann, so ist, abstrakt betrachtet, die Leistung nur zum Teil unmöglich; liegt dann aber auch teilweise Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes vor, oder ist vielmehr in einem solchen Falle die Unmöglichkeit als eine völlige anzusehen? Dieses ist bestritten. Während nach Planck[19]) hierfür der Inhalt des Schuldverhältnisses maßgebend ist, führt Kisch[20]) aus, teilweise Unmöglichkeit könne überhaupt nur bei teilbaren, d. h. solchen Leistungen in Frage kommen, die ohne Beeinträchtigung ihres Wesens in eine Mehrheit von kleineren, dem Ganzen gleichartigen Teilleistungen zerlegt werden können, oder nach dem Parteiwillen zerlegt werden sollen.[21]) Auch Kleineidam[22]) läßt für diesen Begriff die Parteiintention entscheiden, Titze[23]) berücksichtigt daneben noch die Verkehrsauffassung. Diese Schriftsteller nehmen also in den Fällen unteilbarer Leistung stets dann völlige Leistungsunfähigkeit an, wenn nur in einzelnen Beziehungen erfüllt werden kann. Gegenteiliger Ansicht ist Schöller.[24]) Er behauptet, für die von Kisch beliebte Unterscheidung sei im Gesetz nicht der geringste Anhalt zu finden, da es von teilweiser Unmöglichkeit rede, ohne zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen zu unterscheiden. Es müsse daher, weil eben jede Leistung von zusammengesetztem Inhalt in

[19]) Vorbem. zu §§ 275/90 Note 2.

[20]) a. a. O. I S. 161/65, vgl. auch III S. 515 ff.

[21]) Ebenso Mot. II S. 208 und für das gem. Recht: Windscheid Pand. II, 1 S. 15; Dernburg Pand. II § 24; vgl. auch Schall a. a. O. S. 470.

[22]) a. a. O. I S. 94.

[23]) a. a. O. S. 48/49, vgl. aber S. 188.

[24]) a. a O. II S. 540 ff., ebenso Windscheid-Kipp II, 1 S. 17 § 254; vgl. auch Rehbein S. 186.

einzelnen Beziehungen unmöglich werden könne, auf Grund unbefangener Auslegung als Gegensatz der völligen Unmöglichkeit eine solche teilweise Leistungsunfähigkeit angesehen werden, gleichgiltig ob die Leistung an sich teilbar oder unteilbar sei. Ebensowenig könne aber auf die Parteiintention oder die Verkehrsanschauung für diese Unterscheidung das entscheidende Gewicht gelegt werden. Wäre nämlich — so führt Schöller weiter aus — die Ansicht der Gegner richtig, so brauche auch der Schuldner, wenigstens im Falle des § 323 B.G.B. nichts zu leisten. Damit wäre aber den Interessen des Gläubigers schlecht gedient. Dieser könne nämlich aus Gründen, die ganz außerhalb des Schuldverhältnisses lägen, an der teilweisen Erfüllung ein rechtliches Interesse haben; er könne z. B. für das nach dem Kauf einer Quadriga untergegangene Pferd sich einen Ersatz verschaffen oder ein zu drei Vierteilen beendetes Werk von dritter Seite beendigen lassen. Der Gläubiger müsse mithin ein Recht darauf haben, die Restleistung fordern zu können. Infolgedessen müsse, wenn das, was noch geleistet werden könne, tatsächlich einen Bestandteil des zusammengesetzten Leistungsinhalts bilde, der dem Schuldner vertragsmäßig obliege, stets teilweise Unmöglichkeit als vorhanden angesehen werden. Die Absicht der Parteien und die Verkehrsauffassung käme nur für die Frage in Betracht, ob in dem, was der Schuldner noch leisten könne, überhaupt noch ein vertragsmäßiges Leisten zu erblicken sei. Sei dies nicht anzunehmen, läge mithin ein »aliud« vor, so könne dies freilich nicht geleistet werden.

Diese Auffassung dürfte zurückzuweisen sein. Wenn nämlich Schöller mit seiner Theorie den Vorteil des Gläubigers zu wahren beabsichtigt, so erzielt er hiermit gerade die entgegengesetzte Wirkung: Er muß nämlich selbst (in Anm. 37) zugeben, daß nach seiner Anschauung auf Grund des § 323 B.G.B. der Gläubiger auch dann ein Äquivalent bieten müsse, wenn er wegen der — nach Schöller noch — teilweisen Unmöglichkeit kein Interesse

an der Restleistung hat. Er leitet diese Folge auf die angeblich aus den Motiven (II S. 207/08) sich ergebende ratio legis zurück, derzufolge die Gefahr zwischen Gläubiger und Schuldner geteilt sein solle. Es mag dahingestellt bleiben, ob ihm hier beizupflichten ist, jedenfalls wird es zumeist aber vielmehr im Interesse des Gläubigers liegen, diese Unmöglichkeit bei zusammengesetzten Leistungen als eine völlige anzusehen und demgemäß von der Gegenleistungspflicht völlig frei zu werden. Dieses wird um so eher angenommen werden können, als doch die von Schöller angeführten oder auch nur ähnlichen Fälle verhältnismäßig selten, jedenfalls aber in weit geringerem Umfange vorkommen werden, als die Fälle, bei denen der Gläubiger kein Interesse an dem noch möglichen Teil der Leistung hat (sofern diese nach unserer Meinung unteilbar ist). Schließlich wird auch der Schuldner seinerseits zumeist freiwillig darauf eingehen, die Leistung in dem Umfange darzubieten, an dem der Gläubiger Interesse hat.

Ferner aber übersieht Schöller, daß Kisch[25]) bei einer seiner Ansicht nach unteilbaren Leistung zwar den Schuldner an sich zur Bewirkung der unvollständigen Leistung nicht für verpflichtet ansieht, daß er aber fortfährt: Dieser Satz gilt indessen nur insoweit, als die Unteilbarkeit zu Gunsten beider Parteien oder doch wenigstens des Schuldners ausbedungen wurde. Noch weiter geht Dernburg,[26]) wenn er eine Leistung dann für teilbar erklärt, wenn der vom Gläubiger verfolgte Zweck durch teilweise Erfüllung teilweise und verhältnismäßig erreicht wird. Auch diese Schriftsteller berücksichtigen also das Interesse des Gläubigers in ausreichendem Maße. U. E. ist jedoch die Schöllersche Ansicht hauptsächlich aus folgendem Grunde zu verwerfen: Schöller meint, nur insofern, als ein aliud vorläge, brauche der Schulder nicht zu leisten. Wann aber liegt ein solches vor? In dem von ihm angeführten Beispiel (S. 542) ist dies freilich sehr ein-

[25]) a. a. O. I S. 165; vgl. auch S. 188.

[26]) Vgl. B.G.B. II, 1 § 47 S. 105.

fach zu entscheiden, denn ein Pferdekadaver ist eben kein Teil eines gekauften Ackerpferdes. Wie steht es aber mit folgendem Fall? Ein Fabrikbesitzer läßt eine Fabrik von bestimmtem Umfange, sagen wir für 1000 Arbeiter, errichten, der Baumeister erbaut aber eine solche, in der lediglich 500 Arbeiter beschäftigt werden können. Wenn nun dem Gläubiger an dieser Fabrik nicht das Geringste gelegen ist, da sein Unternehmen nur bei einem Betriebe von 1000 Arbeitern Aussicht auf Rentabilität haben kann, liegt dann ein »aliud« vor oder nicht. Vom schuldnerischen Standpunkt aus betrachtet, sicher nicht, denn das, was geleistet worden ist, ist ja ein Bestandteil des zusammengesetzten Leistungsinhalts, nämlich der Fabrik für 1000 Arbeiter. Hat dasselbe aber auch für den Gläubiger zu gelten? Nach Schöller soll in einem solchen Falle die Parteiabsicht bezw. die Verkehrsauffassung entscheiden. Dann aber ist es u. E. dasselbe, als wenn durch dieses Mittel festgestellt werden soll, ob völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, und diese Frage wird durch den von Schöller vorgeschlagenen Weg, der die gleichen Untersuchungen erfordert, nur umschrieben. Wir können uns daher nur der herrschenden Meinung anschließen und als entscheidendes Kriterium für den Begriff der teilweisen Leistungsunfähigkeit die Parteiintention oder die Verkehrsauffassung ansehen.

I. Haben alsdann die Hindernisse schon von vornherein bestanden, so gilt nach gemeinem Recht bei einfachen Obligationen der Satz: Der Schuldner ist zur Leistung des noch möglichen Teiles verpflichtet.[27]) Nur dann, wenn nach dem Parteiwillen die Obligation nicht einmal auf den noch möglichen Teil gerichtet sein sollte, wird die Verpflichtung völlig aufgehoben.[28]) Hierbei entschuldigt das Leistungshindernis den Schuldner stets, wenn es ein objektives ist;

[27]) Mommsen, Beitr. I S. 155; Windscheid, Heidelb. Zeitschrift II S. 119.

[28]) Windscheid, Pand. II § 315 A. 8/9; Mommsen, Beiträge I S. 288.

ist es aber nur subjektiver Art, so tritt je nach den verschiedenen Theorien entweder Forthaftung oder Befreiung ein. Nach dem neuen Recht findet bei einem Schuldverhältnis, das nur teilweise erfüllt werden kann, § 139 B.G.B. Anwendung. Da nämlich hiernach, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist — es sei denn, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde — so hat der Schuldner, falls die Parteien »in tantum kontrahiert« haben, den noch möglichen Teil zu leisten. Daneben hat er, sofern er Kenntnis von seiner teilweisen Leistungsunfähigkeit hatte, nach § 307 Abs. II B.G.B. das negative Interesse für den unmöglichen Teil zu ersetzen. Diese Regel gilt jedoch nur, sofern Unmöglichkeit in Frage kommt, liegt aber Unvermögen vor, so haftet der Schuldner nach der oben vertretenen Ansicht stets auf die ganze Leistung. Bei gegenseitigen Obligationen hat, die Unkenntnis beider Parteien vorausgesetzt, nach gemeinem und neuem Recht[29]) jedenfalls eine Reduktion der Gegenleistung zu erfolgen. Ist das Erfüllungshindernis beiden Teilen bekannt, so ist der Vertrag dann giltig, wenn anzunehmen ist, daß ihn beide Teile um den noch möglichen Rest der Leistung geschlossen haben würden. (§ 139 B.G.B.) Im gemeinen Recht berechtigt Mommsen[30]) ferner auch den Teil, der des Andern Leistungsunfähigkeit nicht kannte, dazu, für seine Leistung das volle Interesse zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn er um den noch möglichen Teil der Leistung nicht kontrahiert haben würde. Es kommt also hier auf seine »contemplatio«[31]) an. Indessen wird dieser letzte Grundsatz für das B.G.B. ebenso wenig anerkannt werden können, wie die im Falle der Unkenntnis der Parteien dem Gläubiger von Mommsen außerdem zugestandene Befugnis, von dem Vertrage zurückzutreten. Es wird nämlich im

[29]) Mommsen, Beitr. I S. 162, 178 ff.; Kleineidam I S. 130; Titze S. 223.

[30]) a. a. O.

[31]) Windscheid, Heidelb. Zeitschr. II S. 119.

neuen Recht nach § 139 B.G.B. stets der vermutliche Wille der Parteien entscheiden. Dann aber ist entweder der Vertrag giltig und die Gegenleistung muß gemindert werden, oder der Vertrag ist nichtig, dann bedarf es keines Rücktritts mehr. Jedoch hat in allen Fällen derjenige Teil, der die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte, das negative Interesse an der teilweisen Nichtigkeit des Geschäfts zu ersetzen.

II. Sind die Hindernisse, welche die Leistung teilweise unmöglich machen, erst nach Entstehung der Obligation eingetreten, so hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie objektiv oder subjektiv sind, der Schuldner nach gemeinem Recht vollen Ersatz zu leisten, sofern er die Schuld hieran trägt.[32]) Ist die Leistungsunfähigkeit aber nur zufällig eingetreten, so bleibt er, da der Satz: casus a nullo praestantur nur in Bezug auf den unmöglich gewordenen Teil gilt, zur Leistung des Restes verpflichtet.[33]) Liegt eine gegenseitige Obligation vor, so ist bei einer durch Zufall herbeigeführten Unmöglichkeit zwischen Verträgen mit Entäußerungswillen (z. B. Kauf) und Verträgen ohne solchen (z. B. Miete) zu unterscheiden. Nur bei den ersteren läßt, wie oben S. 42 gezeigt, die totale Unmöglichkeit den Anspruch auf die Gegenleistung unberührt, es muß daher, um diese zu erlangen, der noch mögliche Teil geleistet werden. Ein Minderungs- oder Rücktrittsrecht des geschädigten Kontrahenten wird hier nicht anerkannt. Dagegen bewirkt die Unmöglichkeit bei Verträgen der zweiten Art, daß diese Rechte für den Gläubiger entstehen.[34])

Der Einfluß nachfolgenden teilweisen Nichtleistenkönnens auf einseitige Obligationen ist im B.G.B. in den §§ 275, 280 Abs. II geregelt. Sofern dieses vom Schuldner nicht zu vertreten ist, hat er den noch möglichen Teil zu leisten; im Fall seiner Vertretungspflicht aber hat er, sofern der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat

[32]) Mommsen, Beitr. I S. 231; Seuff. Arch. 21 No. 223, 40 No. 191.
[33]) Mommsen, Beitr. I S. 286.
[34]) Mommsen ebenda S. 290.

und die Leistung des noch möglichen Teiles ablehnt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu leisten. Was die gegenseitigen Obligationen anlangt, so wird nach § 323 Abs. I S. 2 B.G.B. bei einer von keinem Teil zu vertretenden Leistungsunfähigkeit die Gegenleistung nach den §§ 472/73 B.G.B. gemindert. Ist sie jedoch von der zur Leistung verpflichteten Partei zu vertreten, so stehen dem Gegner, sofern er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat, dieselben Rechte zu wie bei der völligen Unmöglichkeit.[35]) Ist aber ein solches noch vorhanden, so kann er, soweit die geschuldete Leistung unmöglich geworden, vom Vertrage zurücktreten oder seine Leistung mindern. Daneben steht ihm, sofern er seinerseits erfüllt, das Recht auf Schadensersatz wegen des unmöglichen Teils, sowie das Recht auf das vom Schuldner erlangte Surrogat zu. (§ 325 Abs. I S. 2.) Wenn schließlich der eine Teil die Leistungsunfähigkeit seines Kontrahenten zu vertreten hat, so muß dieser zwar nach § 324 B.G.B. die Leistung, soweit sie noch erfolgen kann, bewirken; er behält jedoch den Anspruch auf die volle Gegenleistung und muß sich nur das anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der teilweisen Leistungspflicht ersparte oder durch sonstige Verwendung seiner Arbeitskräfte erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

[35]) In teilweiser Abweichung hiervon wollten der Entwurf I (§ 366) und die Motive (II S. 210) das Rücktrittsrecht nur dann verstatten, wenn mit Bezug auf den nicht unmöglich gewordenen Teil das Interesse fehlte.